

Lånefinansiert selskapsserverv ved holdingselskap

Grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring?

Kandidatnummer: 601

Leveringsfrist: 25.04.13

Antall ord: 17859



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Moderne skatterett i en globalisert økonomi	1
1.2	Presentasjon av problemstillingen	1
1.3	Avgrensning av problemstillingen.....	4
2	TEORETISKE UTGANGSPUNKTER.....	4
2.1	Rettslig plassering.....	4
2.2	Det metodiske utgangspunktet.....	5
2.3	Finansdepartementets forslag om begrensinger i rentefradragsreglene	7
3	RENTEFRADRAG	8
3.1	Klassifisering av gjeld og egenkapital	9
3.2	Renter.....	12
3.3	Fradragsrett for rentekostnader.....	13
4	REVIDERING AV SELSKAPETS KAPITALSTRUKTUR	13
4.1	Skatteloven § 13-1	14
4.2	Er § 13-1 anvendelig på tynt kapitaliserte selskap?	16
4.3	Utgangspunktet for omklassifisering etter sktl. § 13-1.....	17
4.4	Interessefellesskap	18
4.5	Inntektsreduksjon.....	19
4.5.1	Kapitalstruktur.....	20
4.6	Fastleggelse av armlengdes rente	27
4.6.1	«CUP» metoden	29
4.6.2	«Kost pluss» metoden	30
4.6.3	Oppsummering	31
4.7	Oppsummering av den skattemessige behandlingen av renter og gjeld	31

5	KONSERNBIDRAG	31
5.1	Hva er vilkårene for å kunne yte og motta konsernbidrag?	32
6	OPPSUMMERING AV DEN GRUNNLEGGENDE SKATTEMESSIGE BEHANDLING	33
7	DEN ULOVFESTEDE GJENNOMSKJÆRINGSREGEL.....	34
7.1	Omgåelse av skattereglene	34
7.2	Begrepsbruk	35
7.3	Fastlegging av innholdet i den ulovfestede gjennomskjæringsregel	37
7.3.1	Generelt om tolkingen	37
7.3.2	Hva er virkningene av at gjennomskjæring foretas?	40
7.3.3	Hvilke forhold kan gjennomskjæres?	41
7.3.4	Grunnkravet; den skattemessige motivasjon	42
7.3.5	Totalavveiling	44
7.3.6	Samlet vurdering av flere ledd	45
7.4	Gjennomskjæring av de enkeltstående disposisjonene	48
7.5	Gjennomskjæring på bakgrunn av disposisjonene vurdert samlet	48
7.5.1	Grunnkravet; skattemessig motivasjon	49
7.5.2	Formålet med strukturen, eller formålet med transaksjonskjeden?	49
7.5.3	Mulige motivasjonsfaktorer	51
7.5.4	Totalavveiling	54
7.6	Kan det foretas gjennomskjæring fordi disposisjonene er i strid med formålet bak konsernbidragsreglene?	58
7.7	Kan det foretas gjennomskjæring fordi disposisjonen anses som stridene mot formålet bak rentefradragsreglene?	61
7.8	Oppsummering	64
8	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	64
9	LITTERATURLISTE	66

1 Innledning

1.1 Moderne skatterett i en globalisert økonomi

Det er lenge siden skatteretten var nasjonal. Fremveksten av en globalisert verdensøkonomi, utvidelse av EUs indre marked og en generell nedbygging av restriksjoner på kapitalflyt har gjort at store internasjonale konsern, oppkjøpsfond og andre aktører leter etter potensielle investeringer i en global setting. Når disse aktørene skal foreta investeringer, må de også ta stilling til, og vurdere hensiktsmessigheten av, hvorledes investeringen skal struktureres. Oppkjøp og drift av selskaper kan foretas gjennom filial, datterselskap i en konsernstruktur eller ved hjelp av andre juridiske strukturer. Den økende internasjonale konkurransen gjør det essensielt for selskapene å finne den strukturen som gir best avkastning. I den sammenhengen er også vurderinger om hvordan statenes skattesystem påvirker lønnsomheten svært sentrale.

1.2 Presentasjon av problemstillingen

En av strukturene utenlandske aktører benytter seg av ved kjøp av norske operative selskaper, altså selskaper med aktiv virksomhet i Norge, er oppkjøp gjennom holdingselskap. Strukturen kan benyttes ved selve oppkjøpet, eller eierne kan senere velge å omstrukturere konsernet for oppnå gunstigst mulig skattemessig behandling, eller for å ivareta andre forretningsmessige formål.

Ved oppkjøp gjennom holdingselskap, plasseres et holdingselskap mellom det operative selskapet og de utenlandske eierinteressene. Dette åpner for at gjeldsfinansieringen av oppkjøpet kan plasseres i Norge, slik at man kan benytte konsernbidrag for å utnytte rentefradraget. Denne oppgaven vil ta for seg de relevante skatterettslige problemene som må vurderes når beskatning av aktørene i en slik konstruksjon skal foretas.

Et typisk eksempel

A AS er et norsk aksjeselskap. Det produserer et jevnt årlig skattemessig overskudd, som deles ut til sine aksjonærer. Dette generer skatt både for overskuddet¹, og for utdelingen av utbytte².

Det utenlandske selskapet C, hjemmehørende utenfor EØS, ønsker å kjøpe opp A. Velger de å direkte kjøpe alle aksjene i A, vil fremdeles både overskuddet og utdelingen fra A generere skatt til Norge³. Imidlertid kan C velge å først stifte et norsk aksjeselskap, kalt B AS. B tilføres egenkapital, og låner nok penger av C for å kunne kjøpe opp A. Lånet fra C er rentebærende, og strukturert slik at rentekostnadene nesten fullt ut tilsvarer det forventede overskuddet i A. A overfører så, som konsernbidrag, sitt overskudd til B. Etter dette vil A ikke ha skattemessig overskudd, og heller ikke ilignes skatt.

Hos B vil konsernbidraget være skattepliktig inntekt, men rentekostnadene vil være fradragsberettiget. Ilignet skatt vil derfor være betraktelig mindre enn den var hos A. Renteinntekten til C er ikke skattepliktig til Norge, da norsk rett ikke har kildeskatt på renter. På denne måten kan overskuddet som først ble opparbeidet i A, overføres til utenlandske eierinteresser, nesten uten at det svares skatt til norske myndigheter. Spørsmålet er om man etter norsk rett må respektere denne konstruksjonen, eller om vårt rettssystem inneholder regler som gjør at det allikevel må svares skatt.

Som det fremgår av eksempelet over, er de sentrale skatterettslige mekanismene man benytter seg av i denne konstruksjonen fradragsrett for rentekostnader og konsernbidrag, samtidig som man utnytter at norsk rett skatterettslig forskjellsbehandler utbytte og rentebetalig til utenlandske selskap. For å vurdere holdbarheten av denne konstruksjonen, må man dermed se nærmere på vilkårene for å kunne fradra renter, og for å kunne yte konsernbidrag. Videre må man vurdere om skatteyternes disposisjoner skal legges til grunn slik de er utformet, eller om man kan revidere disse ved den skatterettslige behandlingen. Dette vil bli et spørsmål om vilkårene for å tilordne inntekt etter Skatteloven (sktl.) § 13-1 er tilstede,

¹ Sktl. § 5-30 jf § 6-1

² Jf sktl. § 10-10 flg.

³ § 10-13, jf § 2-3

eller om man kan gjennomskjære hele eller deler av konstruksjonen etter den ulovfestede gjennomskjæringsregel.

I praksis vil disse spørsmålene som regel rubriseres etter hvilken ligning vi vurderer. For A AS vil spørsmålet av interesse være om de kan fradra utbetalingen til B AS. Dette er et spørsmål om transaksjonen skal anses som et konsernbidrag eller et utbytte. Dette avhenger av hvem bidraget skattemessig skal antas å være utdelt til, om vilkårene for konsernbidrag er oppfylt, og om man uansett kan gjennomskjære utbetalingen.

For B AS vil spørsmålet av interesse være om kostnadene til kapitalen kan avdras som renter av gjeld. Dette er avhengig av at kapitalen og kostnadene henholdsvis klassifiseres som gjeld og renter, at disse er fradragsberettiget i Norge, og at man ikke kan revidere selskapets kapitalstruktur etter § 13-1 på grunn av tynn kapitalisering, samt at renteutbetalingen til C ikke kan gjennomskjæres.

For C vil spørsmålene av interesse være om selskapet må anses som egentlig mottaker av konsernbidraget, altså om B AS sin eierposisjon kan gjennomskjæres. Videre vil det være relevant om Bs kapitalstruktur kan revideres slik at noen av betalingene fra B til C skal regnes som utbytte isteden for renter.

Oppgavens problemstilling er hvordan den samlede norske skattemessige behandlingen av både målselskap, holdingselskap og konsernspiss foretas. Det vil i den forbindelse bli viet særlig oppmerksomhet til om selskapenes ellers kurante transaksjoner kan gjennomskjæres. Altså om lånefinansiert selskapsserverv ved holdingselskap kan gi grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring.

Oppgaven vil dermed ta for seg hvordan gjeld og renter i Sktl. §6-40 skal forstås, hva vilkårene er for å revidere en kapitalstruktur etter § 13-1, vilkår for at konsernbidraget skal være gyldig, og hva som kreves for at en disposisjon skal kunne gjennomskjæres etter den ulovfestede gjennomskjæringsregel.

1.3 Avgrensing av problemstillingen

Behandlingen av de skattemessige konsekvensene av lånefinansiert selskapsserverv vil omfatte reglene om konsernbidrag, klassifisering av renter og gjeld, sktl. § 13-1 og den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Hvert av disse regelsettene hadde i seg selv vært store nok til å behandles i en egen avhandling. Helheten får man imidlertid kun tak på hvis man behandler dem samlet. Det er klart at en samlet vurdering ikke kan gå like mye i dybden som hvis man viet hele oppgaven til ett aspekt. Jeg har prøvd å behandle de aspektene av regelsettene jeg selv anser mest sentrale, og forsøkt få frem det overordnede perspektivet på denne type oppkjøp. Dessverre fører det til at man noen ganger må fare lett over ellers interessante problemstillinger, som ikke er absolutt avgjørende for lånefinansiert selskapsserverv ved holdingselskap. Agioproblematikk og anvendelse av NOKUS reglene er også helt utelatt.

2 Teoretiske utgangspunkter

2.1 Rettslig plassering

Skatterett hører inn under den spesielle forvaltingsrett. Oppgaven vil ta for seg problemer innenfor inntekstskatteretten, som igjen er en undergren av skatteretten. Skatteretten er i stor grad bygget rundt skattesubjektenes skatteevne, og denne skatteevnen baserer seg på deres privatrettslige disposisjoner. Der Skatteloven refererer til privatrettslige ord og uttrykk, kan det være nødvendig å se til privatrekken for å fastlegge det skatterettslige innholdet i begrepene. For denne oppgaven vil for eksempel dette være nødvendig når man vurderer hva som menes med "gjeld", og med "renter". Andre ganger setter skattelovgivningen som vilkår at en disposisjon er lovlig etter selskapsretten. Et slikt krav stilles for eksempel for konsernbidrag. Det vil da være nødvendig å foreta en selskapsrettslig vurdering for å fastlegge de skatterettslige konsekvensene.

Et skattesubjekt kan være skattepliktig for en inntekt til flere land. For å unngå at inntekter dobbeltbeskattes, har statene inngått traktater som fordeler beskatningsretten mellom landene. Der slike avtaler foreligger er det ikke nok å ta stilling til om man har intern hjemmel for beskatning, man må også vurdere om Norge har frasagt seg denne retten i en skatteavta-

le. En slik skatteavtale er en folkerettslig traktat, og ved tolkingen av denne vil folkerettslig metode ligge til grunn for rettsanvendelsen.

Videre vil også den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) stille krav til graden av presisjon ved reglene, og materielle begrensinger når det kommer til forholdet mellom tilleggsskatt og andre staffereaksjoner. Særlig kravet om presisjon ved reglene vil være sentral når man vurderer om den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kan anvendes.

2.2 Det metodiske utgangspunktet

Skatterettslige spørsmål løses med utgangspunkt i den generelle juridiske metode. Metoden angir hvilke argumenter som anses relevante, og hvilken vekt disse skal tilordnes når de avveies mot hverandre.

Utgangspunktet, innen lovfestet rett, er lovens ordlyd. Faller problemstillingen inn under ordlyd, vil denne alltid være relevant, og tillegges stor vekt. Vekten blir ytterligere styrket ved at skatterett inngår som en del av den spesielle forvaltningsrett, og vedtak om beskatning er tyngende inngrep i borgernes rettsfære. Altså gjør legalitetsprinsippet seg gjeldene. Etter legalitetsprinsippet skal inngrep i borgernes rettssfære være hjemlet i lov. Dette har både en formell og en materiell side⁴. For det første krever dette at likningsmyndighetene og domstolene ikke kan ilegge skatt uten lovhjemmel. Dette betyr at hverken bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsregel, eller § 13-1 kan hjemle skatteplikt i seg selv⁵. De utvider kun anvendelsesområdet til andre materielle skatteregler. Prinsippets materielle side krever at man ikke beveger seg for langt bort fra skattehjemmelens ordlyd. Utgangspunktet er at jo mer tyngende inngrepet er, jo mer skal ordlyden vektlegges. Pålegg om skatt er generelt tyngende for borgerne, og Høyesterett krever at man legger vekt på ordlyden, dog

⁴ Eckhoff (2005)

⁵ Harboe (2011) s. 203

uten at dette har stoppet retten fra både teleologisk og utvidende tolking av skattebestemmelserne⁶.

EMK er gjort til norsk lov i og med Menneskerettighetsloven § 3. Etter § 2 skal EMK ved motstrid gå foran bestemmelser i andre lover. Det betyr at dersom man, etter anvendelse av norsk rett, kommer frem til en løsning som ikke er i tråd med EMK, må den interne retten vike. EMK Protokoll 1 artikkel 1 beskytter eiendomsretten. Inngrepet i denne kan kun begrunnes i visse hensyn, og inngrepet må ha hjemmel i lov. Strekker denne beskyttelsen seg lenger enn norsk intern skatterett, har inngrepet ikke hjemmel. En slik motstrid kan foreligge ved anvendelse av den ulovfestede gjennomskjæringsregel.

I tillegg til lovens ordlyd, dominerer lovforarbeider⁷ og rettspraksis⁸ Høyesteretts argumentasjon. Det kan virke som om Høyesterett nesten utelukkende baserer seg på egne avgjørelser, ikke underrettspraksis. Der de finnes relevante er både rettspraksis og lovforarbeider ofte avgjørende for utfallet av saken. Deres rettskildemessige vekt er dermed høy. Der rettsreglene er forankret i ulovfestet rett, vil selvsagt rettspraksis' relative vekt veie spesielt tungt.

Særlig ved fastleggelse av ulovfestet rett vil også oppfatninger, eller enighet, i teorien være relevant⁹. Juridisk teori er også relevant ved lovfestede rettsregler. Hvilken vekt disse har er imidlertid usikkert. Graden av enighet, og forfatterens anseelse er nok relevante faktorer. Imidlertid er det vanskelig å tenke seg at Høyesterett vil legge til grunn en rettsoppfattelse i teorien de selv er uenig i.

⁶ Zimmer mfl. (2010) 46-47

⁷ Gjems-Onstad (2008) s. 57 fant at Høyesterett henviste til forarbeider i 53 % av sakene som var til behandling i perioden 1982-2002, med en økende tendens.

⁸ Gjems-Onstad (2008) s. 60 fant at 66 % av Høyesteretts dommer fra 1992-2002 inneholdt referanser til tidligere høyesterettsavgjørelser.

⁹ Gjems-Onstad (2008) s.70

Likningspraksis, og uttalelser fra skattemyndighetene, ansees ofte relevante, men er som regel ikke avgjørende. Likningspraksis ansees oftere bindene når den er til fordel for skatteyter, men det finnes også eksempler på det motsatte. Særlig viktig må det faktum at aktørene over lengre tid synes å ha tilpasset seg praksisen være, eller at praksisen har sitt grunnlag i en høyesterettsdom¹⁰

Som i all juridisk metode kan også andre hensyn bli vurdert som relevante, og ilagt vekt. Disse omtales ofte som reelle hensyn. I skatteretten er det særlig hensynet til reglenes interne sammenheng, eller skattesystemets bakenforliggende hensyn som trekkes frem.

OECDs retningslinjers¹¹ rettskildemessige status i norsk rett er noe uklar. Retningslinjene er utformet som en detaljert beskrivelse av armlengdesprinsippet til bruk ved anvendelse av OECD mønsteravtales (MTC) artikkel 9. Høyesterett slo i Rt. 2001 s.1265 «Agip» fast at forarbeidene til nåværende skt. § 13-1 forutsatte at armlengdesprinsippet i denne paragraf var ment å være de samme som armlengdesprinsippet etter MTC artikkel 9. Retningslinjene hadde dermed relevans ved fastleggelsen av § 13-1. Senere er det i bestemmelsen tatt inn en direkte henvisning til retningslinjene der det foreligger en skatteavtale med tilsvarende artikkel. Uavhengig av hvor man velger å klassifisere retningslinjene er det klart at de vil bli tillagt stor vekt av domstolene i forbindelse med tolkingen av § 13-1¹².

2.3 Finansdepartementets forslag om begrensinger i rentefradragsreglene

Finansdepartementet har i høringsnotat av 11.4.2013 foreslått å innføre begrensninger i retten til å fradra rentekostnader betalt til nærstående. Forslaget skiller mellom renter til eksterne og interne selskap. Mens retten til å fradra rentekostnader til eksterne ikke skal begrenses, vil fradragsretten for interne renter begrenses til 25 % av selskapets alminnelige inntekt med tilbakeføring av netto rentekostnad og skattemessige avskrivninger, såkalt

¹⁰ Gjems-Onstad (2008) s. 60 flg.

¹¹ OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 22. July 2010

¹² Skaar mfl (2006) s.335 flg.

EBITDA. Det antas at ligningsmyndighetene allikevel skal kunne anvende § 13-1 for å revidere kapitalstrukturen. Det samme må gjelde bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Reglene er foreslått å tre i kraft fra 2014.

Da forslaget ble sendt ut under arbeidet med denne oppgaven, vil en nærmere analyse av reglene føre for langt. Det er imidlertid grunn til å regne med at oppkjøp gjennom lånefinansiert holdingselskap vil bli betraktelig mindre skattemessig gunstige hvis de nye reglene innføres.

3 Rentefradrag

Etter Sktl. § 6-40 kan skatteyter fradra «renter av skatteyers gjeld». Bestemmelsen kom først inn i skattelovgivningen ved de nye kommuneskattelovene av 1882¹³, og har blitt videreført siden. Ledd to til åtte regulerer spesialtilfeller, men er ikke bestemmende for tolkingen av første ledd.

Ved lånefinansiert selskapserverv er klassifiseringen av gjeld og renter sentral. Det er på grunnlag av rentefradraget at holdingselskapet reduserer sin skattepliktige inntekt, og manglende kildeskatt på renteinntekter gjør at lånegiver ikke må skatte av avkastningen på investeringen.

Bestemmelsen setter tre krav for at en kostnad skal være fradragsberettiget. Det må foreligge gjeld, gjelden må være skatteyers og kostnadene i forbindelse med gjelden må være renter. Er kostnaden ikke fradragsberettiget etter § 6-40 er det meget mulig at den er fradragsberettiget etter sktl. § 6-1(1) punkt 1. En slik fradragsrett vil basere seg på andre vurderinger, blant annet om kostnaden var pådratt for å erverve skattemessig inntekt, og vil ikke bli grundig behandlet her.

¹³ Matre (2012) s. 31 flg.

Fremveksten av et stadig mer komplisert kapitalmarked gjør at selskap og investorer kan skreddersy egenskapene til sine investeringer. Slike finansielle instrumenter inneholder ofte egenskaper fra både egenkapital og fra lån. Vi omtaler slike kapitalinstrumenter som hybride. Det finnes ingen internasjonal standard for om et hybrid kapitalinstrument skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital. Dette betyr igjen at de forskjellige jurisdiksjonene kan klassifisere samme instrument forskjellig. Dette kan åpne for at et instrument regnes som gjeld hos debitor og egenkapitalinnskudd hos kreditor, og avkastningen dermed henholdsvis som gjeld og utbytte. Der landene i en skatteavtale gir kreditors hjemland enerett for beskatning av gjeldsrenter, og debitors hjemland enerett for beskatning av utbytte, vil dette føre til at kreditor ikke pådrar seg skatteansvar i noe land. Dette kan også gi skatteyderne et insitament til å bruke hybride instrumenter ved finansiering av selskap over landegrensene. Det vil da være nødvendig å se hvordan norsk rett behandler klassifiseringen av gjeld og egenkapital.

3.1 Klassifisering av gjeld og egenkapital

Norsk rett opererer med to måter å finansiere et aksjeselskaps drift; gjeld og egenkapital. Avkastning på de to finansieringsformene omtales som henholdsvis renter og utbytte. Hverken renter eller gjeld er definert i Skatteloven, og i utgangspunktet må innholdet av renter eller gjeld fastlegges individuelt ved anvendelsen av de enkelte bestemmelser. Det er imidlertid vanskelig å se at klassifiseringen vil være forskjellig ved anvendelse av henholdsvis § 6-40 eller 10-13, jf 10-11(2) og 2-3.

Både gjeld og renter er uttrykk hentet fra privatretten, og utgangspunktet for tolkingen må ligge i ordenes betydning etter denne. Klassifiseringen av rene lån og egenkapitalinnskudd er imidlertid ikke spesielt problematisk, og når man skal vurdere hybride instrumenter gir behandlingen etter regnskapsretten og aksjeselskapslovgivningen lite veiledning¹⁴.

¹⁴ Matre (2012) s. 73 flg.

Høyesterett har i to dommer nærmere angitt vurderingstemaet for klassifiseringen av hybrid kapital.

I Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» var spørsmålet hvordan preferansekapital skulle behandles skattemessig. Preferansekapital var kapital som ble tilført bankene under bankkrisen på 90-tallet, og det forelå sterk regulering av hvordan bankene kunne anvende kapitalen. I forhold til lånefinansiert selskapsserverv er ikke preferansekapital aktuelt, men fremgangsmåten retten anvendte er fremdeles aktuell. Førstvoterende uttalte:

«Når et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det etter vanlig oppfatning finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital.»¹⁵

Det skal dermed foretas en materiell vurdering av egenskapene til kapitalen for å fastslå om det foreligger egen- eller fremmedkapital. Høyesterett kom så frem til at selv om preferansekapital hadde flere likhetstegn med lånekapital, kunne kapitalen brukes til å dekke tap. En slik tapsabsorberende evne er typisk for egenkapital, og retten fant dette avgjørende for at kapitalen hverken var fordel vunnet ved virksomhet, eller gjeld, men var å anse som egenkapital.

I Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing» var spørsmålet om kapitaloverføringer fra et norsk holdingselskap til et amerikansk datterselskap skulle anses som lån eller egenkapitalinnskudd. Retten tok utgangspunkt i at de skattemessige konsekvensene av en disposisjon baserer seg på hva partene har avtalt seg imellom, bedømt etter de alminnelige formuerettslige reglene. Videre tok retten det utgangspunkt at det som skiller lån fra egenkapital er lånets alminnelige tilbakebetalingsplikt, kontra egenkapitalens dividenderett ved oppløsning av selskapet. Hvis tolkingen av rettsgrunnlaget for kapitaloverføringen ikke gir et entydig svar, skal kapitalen klassifiseres etter en samlet vurdering av dens vesentlige trekk.

Partene i denne saken hadde entydig behandlet kapitaloverføringene som lån, både den kapitalen datterselskapet kunne skaffe seg i den åpne lånemarked, og den delen som lå

¹⁵ Rt. 2001 s. 864

utenfor selskapets lånekapasitet. Retten fant det heller ikke bevist at kapitalen hadde noen tapsabsorberende evne, da den ikke kunne nedskrives uten samtykke fra det norske selskapet. Etter en samlet vurdering kom retten frem til at alle de aktuelle kapitaloverføringene var å anse som lån.

Oppsummeringen av høyesterettspraksis tilsier altså at vurderingen må baseres på hva som er avtalt mellom partene. Hva en slik avtale inneholder er et bevisspørsmål.

Inneholder kapitalen egenskaper som både er typisk for lån og for egenkapital, må de forskjellige trekkene ved kapitalen avveies mot hverandre. Målsetningen med avveien skal være å fastslå om instrumentet har størst likhetstrekk med egenkapital eller gjeld.

Ut fra Høyesteretts praksis, juridisk teori og alminnelig forståelse av begrepene, kan vi trekke ut noen spesifikke elementer som vil være sentrale for klassifiseringen. Gjeld kjenetegnes ved at det foreligger en ubetinget plikt til å betale en ytelse i penger¹⁶. Foreligger det ingen ubetinget plikt, foreligger det heller ikke gjeld. Motsetningsvis vil egenkapital kun kunne kreves tilbake ved at selskapet oppløses eller at selskapskapitalen skrives ned¹⁷, et såkalt residualkrav. Et slikt residualkrav er også etterprioritert i forhold til kreditorene. Tilbakebetalingsforpliktelsen styrkes av at det foreligger misligholdssanksjoner¹⁸, og fraværet av slike taler for at kapitalen er egenkapital.

Videre vil avkastningen på instrumentet være relevant. Er instrumentets avkastning avhengig av utbytte eller på annen måte koblet til selskapets overskudd taler dette for at instrumentet er egenkapital¹⁹. Imidlertid må det påpekes at overskuddbasert rente er lovlig etter asl. § 11-14, slik at en klassifisering som egenkapital krever flere holdepunkter²⁰.

¹⁶ Matre (2012) s. 96 flg. Rt-2010 s. 1083 avsitt 44.

¹⁷ Jf Rt 2010 s. 1083 avsitt 44.

¹⁸ Matre (2012) s. 105, Rt 2001 s. 867

¹⁹ Rt 1998 s. 383

²⁰ Matre (2012) s. 118

Der fremste kjennetegnet for gjeld er at det foreligger en ubetinget rett til å betale. Ved visse hybride instrumenter vil denne retten kunne falle bort dersom visse vilkår inntre, uten samtykke fra kreditor. I slike tilfeller snakker vi om at kapitalen har tapsabsorberende evne. I Preferansekapitaldommen ble det faktum at instrumentet kunne brukes til å avskrive tap, ansett som et moment for at det var egenkapital. Motsatt ble mangel på tapsabsorberende evne i Telecomputingdommen, sett som et argument for at det forelå en låneavtale²¹.

Matre anfører²², med støtte i Telecomputingdommen, at investeringens risiko er relevant ved klassifiseringen. Egenkapitalinvesteringer er generelt mer risikofylte enn lånefinansieringer, og høy risiko taler slik sett for at instrumentet er egenkapital. Imidlertid var det ikke tilstrekkelig i Telecomputingdommen at instrumentet var risikofylt. Selv om momentet er relevant, har det dermed lite vekt.

3.2 Renter

Ikke alle utgifter i forbindelse med gjeld er fradragsberettiget etter sktl.§ 6-40. Begrepet renter er hentet fra privatretten, men har der ikke en ensartet betydning. Matre legger til grunn at klassifikasjon av renter må basere seg på en funksjonell analyse av renters typiske egenskaper²³. Den grunnleggende vurderingen dette skal kobles opp mot, er *«om betalingen er en godtgjørelse for midlertidig disponering generisk bestemte gjenstander, særlig penger»*²⁴.

For kostnader i forbindelse med etablering eller inndrivelse av kapitalen, kreves det at det forligger en nær forbindelse mellom kostnaden og gjelden. Slik sett vil for eksempel ter-

²¹ Rt 2010 s. 1083 avsitt 48

²² Matre (2012) s. 174.

²³ Matre (2012) s. 221 flg.

²⁴ Matre (2012) s. 234

mingebyrer²⁵ behandles som renter. Det samme vil gjelde kostnader som kreditor krever i forbindelse med selve låneopptaket. Der kostnadene kreves av tredjemenn, for eksempel kostnader til formidlere, vil kostnadene ikke være fradragsberettiget etter § 6-40²⁶. Slike kostnader vil imidlertid være fradragsberettiget etter § 6-1, som kostnader i virksomhet. Fradrag etter denne bestemmelsen krever at kostnaden er pådratt for å erverve skattepliktig inntekt, men i og med at formålet med lånet er å kunne finansiere oppkjøp, vil dette være oppfylt.

3.3 Fradragsrett for rentekostnader

Såfremt kapitalinnskuddet er gjeld og kostnadene er renter av denne gjelden, foreligger det en absolutt fradragsrett etter § 6-40. Kostnadene er dermed fradragsberettiget.

Inntektene er da heller ikke skattepliktige for kreditor i utlandet, siden norsk rett ikke har kildeskatt på renter.

4 Revidering av selskapets kapitalstruktur

To aktører som inngår en økonomisk avtale med hverandre, har normalt visse motstridene interesser. Kjøper er interessert i at prisen blir så lav som mulig, selger det motsatte. Denne interessemotsetningen gjør at skattemyndighetene i stor grad kan basere seg på at transaksjonens virkelige verdi er gjenspeilet i den avtalte prisen. Der de samme bakenforliggende interessene er representert i begge parter, vil en slik interessemotsetning derimot ikke foreligge. Ved en avtale mellom et morselskap og et heleid datterselskap vil ikke nødvendigvis datterselskapet se seg tjent med å presse prisen. Når parter med et slikt interessefellesskap

²⁵ Lignings ABC punkt 6.10 og 6.23

²⁶ Lignings ABC punkt 6.23.2

inngår avtaler med hverandre, er faren for at avtalene konstrueres for å oppnå et ønskelig skattemessig resultat tilstede. I skatteretten omtales dette som internprising.

Internasjonalt er dette særlig aktuelt ved transaksjoner mellom selskap innen samme konsern på tvers av landegrensene. Konsernenes ønske om å tilordne inntekter eller kostnader til et bestemt land, kan være motivert av ønske om å utnytte fradragene konsernet har i dette landet, eller rett og slett å utnytte en lavere skattesats der. Konserninterne transaksjoner utgjør en svært stor del av den internasjonale handelen²⁷, og statene har sett seg nødt til å utarbeide regler som regulerer denne formen for tilpassing.

For lånefinansiert selskapsserverv vil spørsmålet være om man i norsk rett kan revidere kapitalstrukturen til holdingselskapet, slik at den lånte kapitalen allikevel skal regnes som egenkapital. I så fall vil avkastningen av denne ikke være renter, men omfattes av utbytte-definisjonen i § 10-13, jf 10-10.

4.1 Skatteloven § 13-1

I norsk rett blir, i utgangspunktet, en inntekt eller et fradrag tilordnet den det underliggende rettsforhold utpeker som rettighetshaver. Sktl. § 13-1 åpner for å overstyre disse alminnelige prinsippene, skjære gjennom transaksjonen og tilordne inntekt (eller fradrag) etter forholdets reelle innhold²⁸. Slik sett kan bruk av bestemmelsen sies å være en spesiell form for lovfestet gjennomskjæring²⁹. Bestemmelsen er imidlertid ikke en egen hjemmel for beskatning, skatteplikten må forankres i en annen materiell bestemmelse.

Sktl. § 13-1 er en videreføring av tidligere skattelovs § 54(1), slik denne lød etter endringen i 1981. Den ble gitt en ny språkdrakt, men innholdet i første ledd ble antatt å være det

²⁷ Zimmer (2009) s.40

²⁸ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 76

²⁹ Skaar mfl (2006) s. 332

samme. Tidligere rettskilder er dermed fremdeles relevante³⁰. Annet ledd oppstiller en bevisbyrderregel i internasjonale forhold utenfor EØS, fjerde ledd inneholder en bestemmelse om at det skal tas hensyn til OECDs retningslinjer ved internasjonale forhold der det foreligger skatteavtale mellom de to statene. Den tidligere paragrafens forarbeider viser at kjernen i bestemmelsen er at transaksjoner mellom selskap der det foreligger interessefellesskap, skal foregå på armlengdes avstand, og Høyesterett slo i Rt 2001 s. 1265 fast at OECDs retningslinjer utfylte sktl. § 13-1 i ved fastlegging av dette prinsippet. Fjerde ledd er vedtatt etter dette, men vil trolig ikke bety noen praktisk endring av retningslinjenes rettslige relevans. Retningslinjene er dermed også relevante rettskilder ved ren internrettslig bruk av bestemmelsen.

OECDs retningslinjer omhandler tolkingen av OECDs Model Tax Convention (MTC), som store deler av Norges skatteavtaler er basert på. Statenes rett til å tilordne inntekt på grunn av interessefellesskap er i MTC regulert av artikkel 9, som er inkludert i alle Norges skatteavtaler inngått etter 1963. Skatteavtalene gir ikke internrettslig hjemmel for beskatning, men kan kun begrense den skatteplikt som allerede følger av intern rett. Formelt sett må man dermed ved bruk av sktl. § 13-1 først fastlegge det internrettslige innholdet av bestemmelsen, før det så vurderes om dette er i tråd med en eventuell skatteavtale. Reelt sett vil imidlertid problemet ikke bli stort, da retningslinjene også vil være bestemmende for anvendelsen av § 13-1.

Selskap som, på grunn av interessefellesskap med andre, finansieres med mer lån enn de hadde vært i stand til hvis det ikke hadde vært for interessefellesskapet, omtales som tynt kapitaliserte³¹. Ved selskapsserverv gjennom holdingselskap vil konsernet kunne ha et insitament til å, i størst mulig grad, finansiere holdingselskapet med gjeld i stedet for egenkapital. Altså å tynt kapitalisere sitt datterselskap.

³⁰ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 76

³¹ Bullen (2011) s. 463

4.2 Er § 13-1 anvendelig på tynt kapitaliserte selskap?

Det er ikke selvfølgelig at en internprisbestemmelse kan brukes til å revidere en kapitalstruktur. Tradisjonelt sett brukes bestemmelsen til å revidere avtalevilkår hvis disse ikke er foretatt på armlengdes avstand, men med det utgangspunkt at den transaksjonen, eller transaksjonsstrukturen, partene har valgt, legges til grunn for vurderingen. Slik sett vil det være en tradisjonell bruk av bestemmelsen hvis man sier at rentesatsen for lånet er høyere enn den rente uavhengige aktører hadde avtalt. Omklassifisering av gjeld til egenkapital er derimot å endre, i skattemessig forstand, hvilken transaksjonstype partene faktisk har foretatt. En inngått låneavtale vil skattemessig bli behandlet som en aksjeemisjon.

Det er i dag ikke tvilsomt at § 13-1 hjemler slik omklassifisering. Bestemmelsens ordlyd omfatter slike tilfeller. Videre er det i Ot.prp. nr 26 (1980-81) s. 66 fremholdt at daværende internprisbestemmelse antas å ha anvendelse ved tilfeller av «unaturlig høy lånefinansiering».

Også MTC tar utgangspunkt i den transaksjon partene faktisk har avtalt³². Fravik fra den avtalte struktur eller transaksjonstype, kan imidlertid foretas i to tilfeller; for det første der transaksjonen fraviker fra det uavhengige parter hadde avtalt, og valget av struktur gjør det praktisk umulig å vedsette transaksjonen, og for det andre der den økonomiske realiteten avviker fra den form som er valg. Bullen³³ antar at det i tilfeller med tynn kapitalisering nettopp foreligger et slikt misforhold, fordi investeringens form (som lån) avviker fra den reelle risiko ved investeringen. Eksempelet på slik misforhold gitt i Retningslinjene punkt 1.65 gjør det helt klart at tilfeller med tynn kapitalisering kan omklassifiseres, så fremt intern rett hjemler dette.

³² Retningslinjene punkt 1.64

³³ Bullen (2011) 464-65

Dermed må det slås fast at både sktl. § 13-1 og MTC artikkel 9 er anvendelig på tynt kapitaliserte selskap.

4.3 Utgangspunktet for omklassifisering etter sktl. § 13-1

Utgangspunktet for om det er grunnlag for omklassifisering etter § 13-1, er den kapitalstruktur partene har avtalt. Før man vurderer om sktl. § 13-1 er anvendelig, må man dermed fastslå i hvor stor grad selskapet er finansiert med fremmedkapital. Vurderingen vil da bli den samme som i denne oppgavens kapittel 3, og jeg viser til drøftingen der.

En slik klassifisering av kapital er imidlertid ikke en anvendelse av sktl. § 13-1, kun en tolking av de forskjellige kapitalinstrumentene.

Sktl. § 13-1 og MTC art. 9 oppstiller tre vilkår for å kunne fastsette inntekten ved skjønn. Det må foreligge et interessefellesskap, det må foreligge en inntektsreduksjon, og reduksjonen må oppstå på grunn av interessefellesskapet. Foreligger disse vilkårene, skal inntekten fastlegges som om interessefellesskapet ikke hadde funnet sted. Grunntanken bak begge bestemmelsene er at transaksjonene mellom selskapene skal foretas som om interessefellesskapet ikke forelå, altså etter armlengdesprinsippet. Det er differansen mellom en kontrollert og en ukontrollert transaksjon som avgjør om det foreligger en inntektsreduksjon. Vurderingen av om det foreligger årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen vil dermed være bakt inn i selve reduksjonsvurderingen³⁴. Ved praktisk anvendelse av bestemmelsen vil man dermed fokusere på om det foreligger interessefellesskap, og om det foreligger en inntektsreduksjon på grunn av denne.

³⁴ Skaar mfl. (2006) s. 501 flg.

4.4 Interessefellesskap

Et grunnleggende vilkår for anvendelse av sktl.§ 13-1 er at det foreligger et interessefellesskap mellom skatteyter og en annen person, selskap eller innretning. Bestemmelsen omfatter både direkte og indirekte interessefellesskap. MTC artikkel 9 er mer konkret utformet og omfatter tilfeller der «*an enterprice ... participates directly or indirectly in the management, control or capital (of an enterprice)*».

Artikkel 9 antas å ha et noe snevrere anvendelsesområde enn § 13-1, men begge bestemmelsene vil komme til anvendelse ved tynn kapitalisering i forbindelse med lånefinansiert selskapsserverv.

Der et lån er tilført selskapet direkte fra et morselskap foreligger det et direkte interessefellesskap mellom partene. Det samme ble lagt til grunn uten diskusjon i Rt. 2007 s. 1025. Indirekte interessefellesskap foreligger for eksempel mellom søsterselskap inne samme konsern.

§ 13-1 krever imidlertid ikke at interessefellesskapet skal foreligge mellom kreditor og debitor. For tynt kapitaliserte selskap er det avgjørende om skatteyteren har overgått sin lånekapasitet på grunn av interessefellesskapet. Dette gjør at bestemmelsen også rammer de tilfellene der kreditor, på grunn av forholdet mellom holdingselskap og konsernspiss, har ytt mer lån enn de ellers hadde gjort. Man må altså fokusere mer på forholdets effekt enn dets rettslige status³⁵. Alle handlinger fra morselskapet som faktisk påvirker långiver rammes.

³⁵ Skaar mfl (2006) s. 494

Tilfeller der morselskapet er rettslig forpliktet for datterselskapets lån er dermed klart inkludert, men også tilfeller av mer uformell påvirkning vil rammes. Slik sett vil også såkalte "Letter of comfort" være relevant dersom kredittgiver har vært motivert av dette³⁶.

Også tilfeller der morselskapet ikke foretar seg noe, men långiver er villig til å yte mer lån på grunn av konserntilknytningen, inkluderes. Slik vilje kan oppstå på grunn av en forventning hos kredittgiver om at morselskapet vil trå støttende til ved vanskeligheter, da de ikke ønsker belastningen av at et datterselskap går konkurs. Imidlertid vil man i en slik situasjon måtte ta hensyn til selskapets konserntilknytning også når man vurderer dets lånekapasitet³⁷, slik at det trolig ikke vil foreligge noen inntektsreduksjon. Prinsipielt sett vil imidlertid foreligge interessefellesskap.

Når det gjelder om långiver i et slikt tilfelle faktisk var motivert av konsern tilknyttingen gjelder alminnelige bevisbyrderegler. Skattemyndighetene må altså bevise en slik motivasjon.

I forhold til lånefinansiert selskapserverv vil alle lån fra selskap i samme konsern falle innenfor § 13-1 anvendelsesområde. Videre vil lån fra tredjeparter falle innenfor, dersom disse faktisk lånte selskapet midler utover dets lånekapasitet på grunn av andre konsernselskaps direkte eller passive handlinger.

4.5 Inntektsreduksjon

For at man kan revidere inntekten etter sktl. § 13-1, kreves det at skatteyters inntekt er redusert. Etter MTC artikkel 9 kan

“any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.”

³⁶ Skaar mfl (2006) s. 495

³⁷ Jf oppgavens punkt 4.5.1.3

I Rt.2002 s. 1247 «Amoco» formulerte retten kravet til inntektsreduksjon slik: «*For videre å finne om dette vilkår er oppfylt, må man sammenligne det konkrete forhold med et tilsvarende normalforhold*». Normalforholdet omtales som en ukontrollert transaksjon. Også etter retningslinjene vurderes en potensiell inntektsreduksjon ved å sammenlikne den kontrollerte disposisjon med en ukontrollert³⁸.

Det kan tenkes at inntekten for et skattesubjekt er redusert ved lånefinansiert selskapserverv på to måter; ved at kapitalstrukturen ikke er armlengdes, eller ved at rentesatsen ikke er armlengdes. I begge tilfellene vil normalt skatteyteren få fradragsrett for rentekostnader som han ikke hadde hatt krav på ved en armlengdes transaksjon. Det kan imidlertid tenkes situasjoner der interessefellesskapet både gjør at selskapet får låne utover sin lånekapasitet, men samtidig får en lavere rentesats enn de hadde måttet betale uten interessefellesskapet. Dette kan for eksempel skje der morselskapet stiller som garantist for låneopptaket, noe som resulterer i mer lån til bedre betingelser. I slike situasjoner må interessefellesskapets totalvirkninger legges til grunn for om det er skjedd en inntektsreduksjon³⁹.

4.5.1 Kapitalstruktur

Den kapitalstrukturen som faktisk er avtalt mellom parter i interessefellesskap, kan skatterettslig omklassifiseres hvis den ikke er en armlengdes kapitalstruktur. Fastleggingen av den ukontrollerte transaksjonen skjer på bakgrunn av hva som ville bli avtalt mellom uavhengige parter. En kredittytters vilje til å yte kreditt til et selskap baserer seg på selskapets lånekapasitet. Et selskaps vilje til å ta opp lån omtales som selskapets lånevilje. Ikke alle selskap er villig til å låne opp til all sin lånekapasitet. Kredittkostnadene stiger betraktelig når risikoen øker, noe som igjen kan gå utover selskapets evne til å tjene penger. Et grunn-

³⁸ OECD rettingslinjer punkt 1.33

³⁹ Skaar mfl (2006) s. 501

leggende spørsmål er om man skal basere seg på selskapets lånevilje eller selskapets lånekapasitet ved vurderer av om en konkret kapitalstruktur er i tråd med armlengdeprinsippet.

4.5.1.1 Lånekapasitet eller lånevillighet?

Der selskapets lånevilje er høyere enn dets lånekapasitet, må man naturligvis legge til grunn selskapets lånekapasitet. Spørsmålet blir først aktuelt når et selskap i tilsvarende situasjon ikke ville lånt opp all dens lånekapasitet, fordi dette ville spist opp alt overskudd. En typisk slik situasjon er når forholdet mellom selskapets inntekter og rentekostnader er 1:1 eller lavere⁴⁰. Her vil det jo da ikke være overskudd til å betale eierne, og disse kan stedet for å låne mer penger, heller velge å hente inn egenkapital i stedet for videre låneopptak.

Problemet har, meg bekjent, ikke blitt behandlet av norsk rett.

Etter Retningslinjene punkt 1.64 kan en transaksjon kun omklassifiseres hvis den form som er valgt ikke korresponderer med den økonomiske realitet, eller hvis transaksjonen avviker fra det uavhengige parter hadde avtalt, og det strukturen gjør det umulig for myndighetene å verdsette transaksjonen⁴¹.

Ved lån utover et selskaps lånevillighet, men innenfor selskapets lånekapasitet, foreligger det ikke noe spenn mellom form og realitet⁴². Revidering i slike tilfeller er dermed avhengig av at det er umulig for myndighetene å fastsette verdien på transaksjonen, og at uavhengige parter ikke hadde avtalt slike vilkår.

I utgangspunktet må skattemyndighetene være forsiktige med å revidere på bakgrunn av hva disse mener er en fornuftig foretningmessig strategi. Noen selskap velger å låne opp

⁴⁰ Jensen SR nr. 2 2011 s. 139-154 viser til at en gjennomgang av SFS der 52 % av selskapene hadde en rentedekningsgrad på 1:1 eller lavere.

⁴¹ OECD retningslinjer punkt 1.65

⁴² Bullen (2011) s. 465

hele sin lånekapasitet for å oppfylle den ønskede risikoprofil. Det er dermed vanskelig å se at uavhengige parter ikke hadde lånt opp til sin lånekapasitet på generelt grunnlag.

Resultatet blir dermed at man skal forholde seg til selskapets lånekapasitet, også der dets lånevillighet etter armlengdesprinsippet er lavere.

4.5.1.2 Fastlegging av selskapets lånekapasitet

Formålet med å fastlegge et selskaps lånekapasitet er å fastslå hva en uavhengig part ville lånt dette selskapet. Å fastslå selskapets lånekapasitet er dermed det samme som å foreta en funksjonsanalyse⁴³ av låneavtalen, men på bakgrunn av å vurdere om risikoen vil være så høy at en ekstern långiver ikke ville lånt ut pengene uavhengig av hvilken rente de hadde blitt tilbudt.

Tidspunktet for fastleggingen

Et selskaps lånekapasitet baserer seg i stor grad på to faktorer; selskapets eiendeler, og selskapets forventede inntekt. Selskapets forventede inntekter er et svært dynamisk tall. Både makro- og mikroperspektiver kan dramatisk endre selskapets forventede fremtid. Et grunnleggende spørsmål er dermed på hvilket tidspunkt selskapets lånekapasitet skal vurderes. For lånefinansiert selskapsserverv kan vi se for oss to situasjoner; for det første der selskapets lånekapasitet var overskredet da låneavtalen ble inngått, men senere har bedret seg slik at lånet ligger innenfor ved den aktuelle ligning. For det andre kan vi se for oss at lånet lå innenfor selskapets lånekapasitet ved inngåelsen av avtalen, men ved ligningen ligger den utenfor.

I Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) var spørsmålet om det skulle beregnes renteinntekter på et lån fra et norsk morselskap til en utenlandsk datter. Lagmannsretten kom frem til at det ikke var avgjørende at selskapet ikke hadde lånekapasitet ved opplåningstidspunktet. Hvis

⁴³ Se oppgavens punkt 4.6

en slik lånekapasitet oppstod på et senere tidspunkt, kunne i så fall et internt lån som var tatt opp på dette tidspunktet, erstattes med et eksternt lån senere. I den konkrete saken kom retten dermed til at myndighetene ikke kunne revidere inntektene med hjemmel i internprisbestemmelsen⁴⁴.

Skaar⁴⁵ legger etter dette til grunn at tidspunktet for den aktuelle likning er avgjørende. Etter hans syn er hverken tidspunktet før eller etter dette relevante. Dette synes riktig når selskapets lånekapasitet har økt siden opplåningen, men kan, etter mitt syn, ikke stemme ved den motsatte situasjon. I et slikt tilfelle var lånet markedsmessig på lånetidspunktet, og kunne like gjerne vært opptatt i det frie markedet.. Det er ikke i tråd med formålet bak bestemmelsen å sensurere markedsmessige avtaler mellom nærstående. I en slik situasjon vil det riktige være å legge tidspunktet for låneavtalen til grunn. Det samme resultatet kom byretten til i Utv. 1997 s.816 (Freia). I denne saken hadde den økonomiske utviklingen ikke vært som forutsatt, altså var selskapets lånekapasitet blitt redusert. Retten kom frem til at det avgjørende i denne situasjonen var tidspunktet hvor lånene ble ytt.

Det Nycomed-dommen i mine øyne synes å åpne for, er at en senere bedring av selskapets låneevne reparerer for manglende armlengdes avstand ved avtalen, fordi selskapet da kunne erstattet det interne lånet med et eksternt. Dette fører til at lånekapasiteten må vurderes både når låneavtalen inngås, og eventuelt for senere aktuelle tidspunkt. Kan selskapet vise at det på et senere tidspunkt hadde lånekapasitet for det interne lånet, vil dette reparere manglende lånekapasitet tidligere. Her må man presisere at dersom selskapet bruker denne fri lånekapasiteten senere for å erverve et annet eksternt lån, vil det da trolig ikke kunne reparere. Spørsmålet er om selskapet, på likningstidspunktet, tidligere kunne ha etablert sin kapitalstruktur uten å overskride sin lånekapasitet.

⁴⁴ Utv. 1999 s. 540

⁴⁵ Skaar mfl (2006) s. 507.

4.5.1.3 Forhold ved sammenlikningssubjektene

Utgangspunktet for armlengdevurderingen er hva tilsvarende selskap kunne oppnå av lån hos en uavhengig aktør. Alle forhold ved debitor kreditor kan tenkes å vektlegge, er dermed prinsipielt relevante.

Typisk vil selskapets forventede inntekt, markedstilhørighet, eiendeler, risikoprofil, tidligere resultater og eksisterende kundeforhold være relevante. Men også konserntilknytning vil kunne øke selskapets evne til å erverve lån⁴⁶. Långiver baserer seg på at morselskapet ikke ønsker å se en datter gå konkurs, på at selskapet kan nyte godt av «knowhow» i andre deler av konsernet og en mulige økt kundekontaktflate. At også slike spesifikke forhold på debitor side er relevant for å vurdere selskapets lånekapasitet ble lagt til grunn i Nycomed-dommen. Det synspunktet stemmer også overens med at det er interessefellesskapet vi skal tenke bort, ikke selskapets forretningsmessige posisjon.

Når det gjelder spesifikke forhold på kreditors side, er disse som regel kun aktuelle der långiver selv er i et direkte interessefellesskap med debitor. I slike tilfeller tilsier Retningslinjene punkt 1.64 at også forhold på kreditors side er relevant, i og med at transaksjonen skal baseres på hva partene faktisk har avtalt.

Dette utgangspunktet tilsier for eksempel at der kreditor ikke er en bank, men et industriselskap bør man se på hvordan andre industriselskaper hadde vurdert debtors lånekapasitet.. Slike lån forekommer imidlertid i svært liten grad. Unntaket i punkt 1.65 om transaksjoner som uavhengige ikke hadde foretatt, og som det er umulig for statene å verdsette, åpner da for at man kan vurdere transaksjonen som et lån fra en profesjonell kredittlyter. Dette er antatt i blant annet Nycomed-dommen og Conoco-dommen.

Gitt at selskapet er finansiert av et søsterselskap som driver industrivirksomhet, vil man ved sammenlikningen se på hvilke vilkår en uavhengig bank hadde avtalt. Dette kan også

⁴⁶ Skaar mfl. s. 509

sees på som en konsekvens av at også debitor er forventet å opptre etter armlengdesprinsippet. Selskapet hadde ikke lånt penger hos et industriselskap dersom dette krevde høyere rente enn en profesjonell bank.

4.5.1.4 Absolutte krav til egenkapital

Asl. § 3-4 krever at selskapet har en forsvarlig egenkapital. Hva som er en forsvarlig egenkapital må ta utgangspunkt i risikoen ved den virksomheten selskapet bedriver. Bestemmelsens formål er å innarbeide et forsiktighetsprinsipp⁴⁷, slik at selskapets økonomiske posisjon anses forsvarlig. Det er vanskelig å se hvordan dette kravet om forsvarlighet kan overstige de krav en kreditor vil stille for å låne ut kapital. Hovedhensynet for en forsiktighetsregel er jo nettopp hensynet til kreditorene. Videre følger det av asl. § 8-1 (2) at utbytte ikke lenger kan deles ut dersom egenkapitalen kommer under 10 % av selskapets balansesum. En høyere lånefinansieringsgrad enn dette er dermed lite praktisk, fordi selskapets utbyttekapasitet da forsvinner. Imidlertid kan bestemmelsen sies å implisere at en egenkapitalgrad på ned mot 10 % kan være akseptabelt for hensynet til selskapets kreditorer.

Oljeskattekontoret har gjennom sin saksbehandling tidligere fastlagt prosentvise krav til egenkapitaliseringsgraden for selskaper innen de forskjellige grenene av virksomheten. Slik sett ble det i Rt 2007 s.1025 referert at selskaper som lette etter olje kun kunne finansieres med egenkapital, mens produksjonsselskap kunne finansieres med 80 % fremmedkapital. Kravet om 20 % egenkapitalfinansiering var tidligere lovfestet i Petroleumsskatteloven § 3 h, men er nå fjernet.

Slike absolutte grenser kan anvendes på to måter. Enten slik at alle transaksjoner som overholder grensene aksepteres, eller slik at alle transaksjoner som ikke når opp til grensene revideres. Retningslinjene⁴⁸ aksepterer anvendelse av slike "safe harbours", dersom de anvendes slik at alle transaksjoner som oppfyller kravene, automatisk aksepteres. Retnings-

⁴⁷ Ot.Prp.nr. 23 (1996-97) s.52-53

⁴⁸ Retningslinjene punkt 4.94 flg.

linjene aksepterer derimot ikke en slik grense dersom den blir benyttet på selskap som beviselig har en større lånekapasitet.

Per i dag finnes ingen slike absolutte kapitalkrav i lovgivningen. Det må allikevel antas at utarbeidingen av slike skranker ikke kan hjemles i § 13-1 dersom anvendelse av disse innebærer at et selskap med større lånekapasitet ikke får fradrag for alle sine rentekostnader.

4.5.1.5 Relevante momenter i lånekapasitetsvurderingen

Skaar deler den konkrete vurderingen av et selskaps lånekapasitet inn i subjektive og objektive faktorer⁴⁹. Subjektive forhold ved selskapet er for eksempel tilliten til selskapets ledelse, selskapets tidligere kundeforhold og medarbeidernes dyktighet. Objektive vilkår er selskapets egenkapital, realsikkerhet for lånet, forventet inntjening og andre økonomiske forhold. Som utgangspunkt kan man anta at objektive forhold veier tyngre enn subjektive. Det vil føre for lang å vise til alle relevante momenter, men utgangspunktet er at de momentene som kan ha en finansiell betydning for selskapet også er relevant i vurderingen.

4.5.1.6 Oppsummering

Har selskapet overskredet sin lånekapasitet på grunn av et interessefelleskap får selskapet fradrag for renter som ikke er armlengdes. Kapitalstrukturen kan da gjennomskjæres. Det vil da bli fingert et større skattemessig overskudd hos holdingselskapet, og utbetalingene fra dette vil, ved å fastlegge en sekundærtransaksjon, regnes som utbytte hos kreditor. Ved lånefinansiert selskapserverv vil det dermed være nødvendig å holde lånegraden til holdingselskapet innenfor dets lånekapasitet.

⁴⁹ Skaar (2006) s. 528

4.6 Fastleggelse av armlengdes rente

Selskapets inntekt kan også være redusert fordi avtalt rentesats ikke er i overensstemmelse med armlengdesprinsippet. Høyere rentefot enn armlengdes rente vil normalt være mest aktuelt ved direkte lån fra et konsernselskap, men man kan også forestille seg en «Back to back»-låneavtale, der morselskapet får en særdeles gunstige rentebetingelser på sitt innskudd, så lenge dataselskapet betaler en høyere rente enn armlengdes. I et slikt tilfelle vil kravet om både inntektsreduksjon og indirekte interessefellesskap være oppfylt. Der det foreligger flere lån, må hvert lån vurderes individuelt.

Selskapet kan velge å eksterntfinansiere grunnlånet til selskapet, mens toppfinansieringen foretas internt. Velger dermed selskapet å eksterntfinansiere grunnlånet med prioritert sikkerhet, men internfinansiere topplånet med høyere rente vil dette være i tråd med armlengdesprinsippet, så lenge topplånet er markedsmessig utformet.

Utgangspunktet for å fastslå om en annen transaksjon er sammenliknbar, er en funksjonsanalyse av låneavtalen. Målet med denne analysen er å fastlegge de relevante momentene i avtalen som partene påtar seg risikoen for⁵⁰. Slik risiko kan være for eksempel risikoen for mislighold eller valutatap. Risiko ved en avtale vil i markedet kompenseres med en forventet høyere avkastning, altså høyere rente. Men kun til et visst punkt. Blir risikoen for høy vil ingen kreditor låne penger til selskapet, uavhengig av avkastning.

Etter å ha fastlagt hvilke funksjoner de forskjellige partene etter avtalen har påtatt seg, må man så vurdere om en annen transaksjon kan sies å være sammenlignbar. Altså om en annen transaksjon har nok likhetstrekk både til debitor, og til risikofordelingen mellom partene til at vi kan si at den er representativ for det uavhengige parter hadde kommet frem til.

⁵⁰ Retningslinjene punkt 1.33 flg.

Retningslinjene sonderer mellom transaksjons- og fortjenestebasert fastleggelse av den ukontrollerte transaksjonen. De fleste transaksjonsbaserte fremgangsmåter er akseptert⁵¹, mens fortjenestebaserte kun aksepteres i noen grad, og da kun hvis man ikke finner en tilfredsstillende ukontrollert transaksjon ved de transaksjonsbaserte metodene. Metodene er ellers ikke rangert, det holder at skatteyder viser at transaksjonen er armlengdes etter en av metodene⁵². Imidlertid egner ikke alle metodene seg på alle typer transaksjoner.

Etter retningslinjene forelegger det tre primære metoder⁵³ for å fastsette den ukontrollerte transaksjonen, Comparable uncontrolled price (CUP)⁵⁴, kost pluss⁵⁵ eller videresalg minus⁵⁶.

Skaar anfører også at man anvender en «forenklet hybridmetode»⁵⁷, som han anser ikke å være i tråd med armlengdesprinsippet. Denne metoden tar utgangspunkt i intrabankrenten for den valuta lånet er ytt, med et påslag for fortjeneste og risiko. Hvis fastsettelses av rentepåslaget tar høyde for den reelle funksjonsdelingen og risiko ved lånet, mener jeg i motsetning til Skaar at renten kan anses armlengdes rente. Den vil da ta høyde for de individuelle trekk armlengdesprinsippet krever av en ukontrollert transaksjon. Imidlertid anser jeg den ikke som en egen metode, men som en struktur som kan følge av enten CUP eller kost pluss. Skaar sier selv at rentesatsen for en ukontrollert transaksjon ofte baserer seg på intrabankrenten, altså den prisen bankene betaler for kapital. Det er heller ikke uvanlig at bankene avtaler NIBOR⁵⁸ + margin i låneavtaler med sine kunder. I et slikt tilfelle vil jo nettopp den ukontrollerte transaksjonen etter CUP være strukturert som en hybrid av NIBOR og et påslag.

⁵¹ Retningslinjene punkt 2.1 flg, samt 2.56 og 2.57

⁵² Jf Skaar mfl. (2006) s. 402

⁵³ Retningslinjene punkt 2.1

⁵⁴ Retningslinjene punkt 2.13 flg.

⁵⁵ Retningslinjene 2.39

⁵⁶ Retningslinjene punkt 2.21

⁵⁷ jf Skaar mfl (2006) s. 551

⁵⁸ Norwegian Inter Bank Offered Rate

For fastlegging av armlengdes rentesats er kost pluss eller CUP de aktuelle metodene⁵⁹.

4.6.1 «CUP» metoden

CUP tar utgangspunkt i den prisen som ville fremkommet i en ukontrollert transaksjon.

Bruk av CUP for å fastlegge den ukontrollerte transaksjonen krever at det finnes en tilsvarende, eller en tilnærmet tilsvarende, transaksjon hos uavhengige parter. Vurderingen av om en slik transaksjon eksisterer må tas med utgangspunkt i den funksjonsanalysen man tidligere har foretatt, med spesielt blikk på selskapets kredittverdighet. Denne vil i stor utstrekning være den samme som dets ubenyttede lånekapasitet. Jo større ubrukt lånekapasitet, dess mindre risiko vil kreditor ta, og dermed vil man ha en markedsmessig lavere rentesats.

Videre vil momenter som fast kontra flytende rente, muligheten for å gi prioritert sikring av lånet og andre lånevilkår profesjonelle långivere vektlegger, være relevant for å fastslå om transaksjonene er sammenliknbare, eller om de må justeres. Mindre avvik kan korrigeres ved å si at de enten øker eller minsker risiko for långiver, og at man dermed endrer markedsrenten, men er avvikene vesentlige, er CUP mindre egnet til å fastlegge armlengdes rentesats⁶⁰. CUP anses som mest sårbar ovenfor forskjeller i sammenlikningsgrunnlaget, slik at der man må justere transaksjonene i betydelig grad, kan andre måter å fastlegge den ukontrollerte transaksjonen være aktuelle.

Imidlertid er dagens kapitalmarked svært innholdsrikt, og forhold ved lånet som ikke gjør at det finnes sammenliknbare situasjoner, vil være svært spesielle. Man vil dermed som regel kunne fastslå de materielle virkningene av forskjeller i funksjonsdelingen mellom partene i stor grad. Metoden er imidlertid arbeidsom, og krever en høy grad av kompetanse hos skattemyndighetene.

⁵⁹ Skaar (2006) s. 552-556

⁶⁰ Retningslinjene punkt 2.15 og 2.16.

4.6.2 «Kost pluss» metoden

Kost pluss baserer seg kreditors faktiske kostnader ved transaksjonen, med et påslag for fortjeneste. Fortjenesten skal tilsvare fortjenesten til en ukontrollert transaksjon. Etter retningslinjene er dette en godt egnet metode for å vurdere transaksjoner som omhandler videreforedling av halvfabrikata innenfor nisjesegmenter av markedet⁶¹. Kan slik fortjeneste ikke fastlegges hos den aktuelle part, tar man utgangspunkt i den fortjenesten en ekstern kreditor ville hatt i den konkrete situasjonen. Metoden anses som mer robust for endringer i funksjonsdelingen mellom partene, fordi disse lettere kan kvantifiseres hos kreditor⁶².

I forhold til lånefinansiering av selskaper egner metoden seg i visse situasjoner.

Der lånet et ytt direkte fra et nærstående selskap som faktisk bedriver annen utlånsvirksomhet, også til eksterne, kan «kost pluss» sies å utgjøre en god måte å fastlegge markedsmessige vilkår på⁶³. Transaksjonsmarginen må da fastsettes i overensstemmelse med selskapets marginer på tilsvarende ukontrollerte utlån. Kan man ikke finne tilsvarende ukontrollerte utlån, må også her marginen justeres i forhold til de konkrete forhold som kom frem i funksjonsanalysen.

Er kreditor ikke normalt et utlånsselskap vil det være vanskeligere å fastsette både forventet margin, og kostnader, slik at kost pluss i disse situasjonene er mindre godt egnet⁶⁴. I norsk rett har man for eksempel anvendt CUP når kreditor selv ikke var en finansinstitusjon.

I konsernforhold er ofte finansieringen av selskapene organisert slik at ett konsernselskap står for eksternt innlån, og så videreformidler dette til de andre konsernselskapene. I en slik situasjon kan også "kost pluss"-metoden egne seg. Det er da imidlertid prisen på formid-

⁶¹ Retningslinjene punkt 2.39

⁶²

⁶³ Skaar (2006) s. 556

⁶⁴ Skaar (2006) s. 556

lingstjenesten som skal vurderes. I funksjonsanalysen må man ta høyde for den faktiske risiko partene har etter sin avtale, og vurdere prisen på videreformidlingen basert på dette.

4.6.3 Oppsummering

Av metodene som er akseptert etter MTC er CUP klart mest anvendelig for å vurdere om en konkret avtalt rente kan anses å være armlengdes. Kost pluss kan imidlertid i noen konkrete tilfeller gi et mer presist ukontrollert sammenlikningsgrunnlag. Fastsettelsen av den konkrete rentesats tar utgangspunkt i hvilken risiko kreditor faktisk påtar seg. Slik sett vil realsikkerhet, tilgjengelig lånekapasitet og selskapets underliggende verdier være sentrale. Internprising er imidlertid ingen eksakt vitenskap, slik at skattemyndighetene bør være forsiktige når den avtalte renten befinner seg i nærheten av armlengdes rente.

4.7 Oppsummering av den skattemessige behandlingen av renter og gjeld

For å fastslå om en utbetaling fra et selskap skal klassifiseres som renter eller utbytte, må vi vurdere det underliggende kapitalinstrumentet. Der dette innehar egenskaper som er typiske for både gjeld og egenkapital må disse avveies, og kapitalen klassifiseres. Både den kapitalstrukturen man da kommer frem til, og avkastningen av denne, må være armlengdes, dersom selskapene er i et interessefelleskap. Det vil si at både kapitalstrukturen og renten må tilsvare det uavhengige parter hadde avtalt. Hvis ikke kan instrumentene omklassifiseres etter sktl. § 13-1

5 Konsernbidrag

For at konstruksjonen ved lånefinansiert selskapsserverv ved holdingselskap skal gi de gunstige skattemessige virkningene, er det nødvendig at driftsinntektene i målselskapet kan av-

regnes mot fradragsberettigede kostnader. Den aktuelle fradragsberettigede kostnaden det er aktuelt å anvende, er rentekostnadene.

Å plassere lånet direkte i målselskapet kan raskt støte mot forbudet om assistanse ved selskapsverv⁶⁵. Imidlertid vil opprettelsen av et norsk eierselskap skape en norsk konsernstruktur. Dette åpner for å anvende konsernbidragsreglene til å overføre den skattepliktige inntekten til det selskapet som betjener gjelden.

Utgangspunktet i norsk rett er at de selvstendige skattesubjektene etter sktl. § 2-2 ligger hver for seg. Et fradrag hos et selskap fradras i dette selskapets inntekt. Konsernbidragsreglene åpner for at skattepliktig inntekt kan overføres, med skatteeffekt, fra en skatteyter til en annen, så fremt visse vilkår er oppfylt. Dette er begrunnet i et ønske om å la de forskjellige selskapene i samme konsern utligne inntektsforskjeller, slik at kun konsernets nettoinntekt kommer til beskatning⁶⁶. Dette er igjen begrunnet med at skattemessige hensyn ikke skal bestemme om et konsern velger å organisere seg i flere bedrifter, eller samle all virksomhet i ett selskap. En slik skattemessig påvirkning blir ansett for å skade forretningslivets effektivitet.

5.1 Hva er vilkårene for å kunne yte og motta konsernbidrag?

Sktl. § 10-1 flg. stiller visse krav til hvilke skattesubjekter som kan yte og motta konsernbidrag. Videre kreves det at selskapet både inngår i et aksjerettslig konsern, og at morselskapet eier minst 9/10 av selskapets aksjer, og utøver tilsvarende eierrettigheter.

Det kreves videre at både giver og mottaker er hjemmehørende i Norge, eller er reelt etablert innen EØS. Imidlertid kreves det ikke at konsernspissen er hjemmehørende i Norge, eller EØS. Det betyr at konsernbidrag kan ytes til et søsterselskap hjemmehørende i Norge,

⁶⁵ Asl. § 8-10

⁶⁶ Ot.prp. nr 16 (1979-80) s. 6, Rt. 2002 s.1888

selv om eieren av begge selskap er hjemmehørende i utlandet. Avslutningsvis må konsernbidraget ikke stride mot den selskapsrettslige lovgivningen.

Ved lånefinansiert selskapsserverv ved holdingselskap synes det klart at de fleste av vilkårene for å kunne yte konsernbidrag er oppfylt, eller at det er enkelt for konsernet å sørge for at de er oppfylt. Det kan problematiseres om holdingselskapet skal anses hjemmehørende i Norge, og hvilke kriterier dette avgjøres ut ifra⁶⁷. Imidlertid synes det lite trolig at selskapet ikke skal ansees hjemmehørende her, dersom det er norskregistrert, og dets ledelse på styrenivå foregår herfra. Det vil ikke være problematisk for konsernet å sørge for at styremøtene avholdes i Norge.

6 Oppsummering av den grunnleggende skattemessige behandling

De tre kritiske rettslige instrumentene for å oppnå de ønskede skattemessige konsekvensene av holdingselskapsstrukturen er konsernbidrag, rentefradrag og manglende kildeskatt på rentekostnader.

Som vi har sett under den forutgående behandlingen, foreligger det forholdsvis klare kriterier på når de forskjellige bestemmelsene kommer til anvendelse. Dette innebærer at et konsern som ønsker å bruke strukturen, lett kan strukturere sine disposisjoner slik at de faller innenfor bestemmelsene. Dette krever en forståelse av skattereglenes innhold, og trolig juridisk bistand. Imidlertid er det ingen av kravene konsernet ikke har kontroll over selv. Styremøtene i holdingselskapet kan avholdes i Norge, og lånet til holdingselskapet kan betegnes som lån, gis egenskaper som er typisk for lån, og holde seg innenfor holdingselskapet lånekapasitet. I en konkret sak må man jo selvfølgelig vurdere om konsernet fak-

⁶⁷ Se blant annet Leegaard *Utv. 2001 s. 928* og Hole *SR 2000 s. 18* samt *Utv. 1998 s. 848* for en fylldigere drøfting.

tisk har foretatt disposisjoner som er i tråd med disse bestemmelsene, men det ligger innenfor konsernets kontroll å strukturere dem slik. I så fall er det, gjennom normal lovtolking, lite skattemyndighetene kan gjøre for å hindre skattebesparelsene.

7 Den ulovfestede gjennomskjæringsregel

7.1 Omgåelse av skattereglene

Det norske skattesystemet legger ofte ulike skatterettslige konsekvenser til forskjellige typer rettslige disposisjoner. Salg av en eiendom regnes for eksempel som realisasjon, og utløser gevinstbeskatning, mens utleie av samme eiendom ikke gjør det. Noen ganger blir slike forskjellige rettsvirkninger aktivt brukt av politikerne for å styre skattesubjektenes adferd, andre ganger oppstår de som utilsiktede konsekvenser av nødvendig grensedracting. De forskjellige skattemessige implikasjonene kan ha stor innvirkning på en disposisjons lønnsomhet, eller om disposisjonen i det hele tatt er ønskelig. Skattesubjektene er vant til å forholde seg til slike problemstillinger, og skattemessige vurderinger er en naturlig del av informasjonen et subjekt skaffer seg før en beslutning blir fattet.

Imidlertid kan disposisjoner som innebærer tilnærmet like rettsvirkninger noen ganger tilsynelatende ha svært forskjellige skattemessige virkninger. Et godt eksempel er skillet mellom den evigvarende bortfestingskontakten og salg av en eiendom⁶⁸.

Salg av en eiendom regnes som realisasjon og dermed skattepliktig inntekt av gevinst etter sktl. § 5-1(2), jf § 9-2 flg. Gitt at den opprinnelige eieren heller enn å selge eiendommen velger å leie den ut. Festeavtalen inngås for en evigvarende periode, og som betaling skal den som ønsker å anskaffe seg eiendommen, yte et rentefritt lån, som er uoppsigelig, og som tilsvarende taksten på eiendommen. Formelt sett er jo dette to forskjellige disposisjoner, men virkningene er nesten sammenfallende. Skal festeavtalen da regnes som realisasjon?

⁶⁸ Harboe (2012) s. 17

Slike spenningsforhold kan også eksistere i forbindelse med lånefinansiert selskapsserverv. Holdingselskapet kan sees på som eier utelukkende fordi dette gir en gunstigere skatteeffekt enn å eie selskapet direkte, samtidig som eierrettighetene faktisk ivaretas av den utenlandske konsernspissen. Å finansiere holdingselskapet med så mye gjeld som mulig, kan utelukkende være basert på skattemessige hensyn, samtidig som overskuddet overføres i form av renter. Hvis man ser på disse forholdene samlet, er effekten av konstruksjonen at det skattemessige overskuddet som er produsert i Norge overføres uten beskatning til utlandet.

Slike problemer omtales som problemene rundt omgåelse av skattereglene. Skattesubjektene forsøker å finne ut hvordan de kan minimere sin skattebyrde. Åpner skattesystemet for slik tilpasning i for stor grad, er det en fare for at fundamentet for beskatningen uthules.

7.2 Begrepsbruk

Begrepsbruken ved problemene rundt skatterettslig omgåelse er på ingen måte ensartet. Delvis skyldes dette at Høyesterett selv har endret sin begrepsbruk, og at man gradvis har endret både vilkårene og omfanget av regelen, uten åpent å ha innrømmet at man utvikler et nytt regelsett. Den juridiske litteraturen må også ta sin del av ansvaret for en manglende ensartet begrepsbruk, og de fleste forfatterne bruker sine egne begrep.

For meg synes det som et fornuftig utgangspunkt at omgåelse av skattereglene er noe skattesubjektene kan forsøke seg på. Man kan lykkes med omgåelsen, eller man mislykkes.

Omgåelse er et problem myndighetene kan nærme seg med forskjellige virkemidler, gjennom ny og mer presis lovgivning, liberal fortolking av de aktuelle bestemmelsene eller utvikling av en generalklausul.

Imidlertid er det viktig å skille proforma og skatteunndragelse fra omgåelse. Ved proforma er en avtale ikke ment å ha virkning etter sin ordlyd. Skatteretten baserer seg på det faktiske innholdet av privatrettslige disposisjoner. Altså disposisjoner ferdig tolket og utfylt. En

proforma avtale skal nettopp ikke forstås etter sin ordlyd, og ordlyden skal dermed heller ikke legges til grunn ved beskatning.

Ved skatteunndragelse er det gitt gale opplysninger til myndighetene, et salg er for eksempel angitt som et lån. Igjen vil normal bevisbedømmelse klargjøre hvilket forhold domstolen skal legge til grunn.

Ved omgåelse er det derimot snakk om disposisjoner som skal etterleves slik de fremstår, men som befinner seg i randsonen av en skattebestemmelse. I slike disposisjoner er det gjerne et spenn mellom form og realitet. I eksempelet med bortfesting av eiendommen, er formen leie, men de faktiske rettsvirkningene har mer til felles med salg enn med leie

Som det vil fremgå av behandlingen senere, synes jeg det er fornuftig å dele Høyesteretts praksis i to. Frem til Rt. 1966 s. 1189 «Vestlandske Vassdrag» synes rettspraksis i stor grad å basere seg på ordinær lovtolking. Fra og med Rt. 1966 s. 1189 synes derimot Høyesterett å bevege seg bort fra ordinær tolking, og over til å utvikle generelle kriterier for å nekte fradrag, eller pålegge skatteplikt, basert på formålet bak reglene. Man kan si at retten begynte å utvikle en generalklausul for gjennomskjæring av skatteposisjoner⁶⁹

Dette regelsettet, som i sin nåværende form særlig har blitt utviklet etter Rt. 2002 s. 456, har heller ikke noe ensartet navn hverken i teori eller praksis. Høyesterett snakker om «Gjennomskjæringsregelen»⁷⁰, eller «skatterettslig gjennomskjæring»⁷¹, Zimmer⁷² og Gjems-Onstad⁷³ omtaler regelsettet som «den ulovfestede omgåelsesnorm», Banoun⁷⁴ som «den ulovfestede omgåelsesregel» og Harboe som «skattemessig gjennomskjæring»⁷⁵. Selv velger jeg å legge Høyesteretts språkbruk til grunn, og vil omtale regelsettet som skatterettslig gjennomskjæring.

⁶⁹ Banoun (2003) s. 142, Harboe (2012) s. 13, 210

⁷⁰ Rt. 2012 s. 1188

⁷¹ Rt. 2008 s. 1537

⁷² Zimmer mfl. (2009)

⁷³ Gjems-Onstad (2008)

⁷⁴ Banoun (2003)

⁷⁵ Harboe (2012)

7.3 Fastlegging av innholdet i den ulovfestede gjennomskjæringsregel

7.3.1 Generelt om tolkingen

Hvis man etter ordinær rettsanvendelse kommer frem til at en skattebestemmelse ikke kan anvendes på et konkret forhold, eller et fradrag må innrømmes skatteyter, kan man i norsk rett allikevel nekte fradraget eller pålegge skatteplikt ved å gjennomskjære disposisjonen.

Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er ulovfestet rett, og den naturlige start for å fastlegge normens innhold er dermed høyesterettspraksis. Regelsettet er imidlertid utviklet i samspill mellom teori og praksis, slik at juridisk litteratur blir et viktig supplement til drøftelsene.

Ved en drøfting av den ulovfestede gjennomskjæringsregel er Rt. 2002 s. 456 «Hydro Canada» et naturlig utgangspunkt. Da dommen er svært sentral for å fastslå reglenes nåværende utforming, velger jeg å gjennomgå den forholdsvis detaljert, selv om den konkrete problemstillingen i saken ikke lenger er relevant⁷⁶.

Hydro Canada, et heleid datterselskap av Norsk Hydro, hadde opparbeidet seg et stort tap etter bygging av en fabrikk i Canada. Videre så det ut til at selskapet også i en lengre periode fremover kom til å gå med underskudd. For å kunne fradra tapet, samt avregne fremtidig underskudd i selskapet mot et annet overskudd, solgte Hydro aksjene til sitt datterselskap Hydro Danmark. Ved likningen krevde Hydro fradratt tapet på aksjene i sin skattepliktige inntekt, noe som ble nektet.

⁷⁶ Etter fritaksmetoden beskattes ikke lenger selskap for gevinst ved slag av aksje, og får dermed heller ikke fradrag for tap.

Høyesteretts flertall vurderte først om fradraget skulle innrømmes etter vanlig fortolkning av bestemmelsen, før de vurderte om det forelå grunnlag for gjennomskjæring. Ved vurderingen av om gjennomskjæring kunne foretas, uttalte Høyesterett at dette var avhengig av at to kumulative vilkår var oppfylt. For det første måtte det hovedsakelige formålet med disposisjonen være å spare skatt, og for det annet måtte disposisjonen, etter en totalvurdering, være stridene mot skattereglenes formål. Dette er blitt omtalt som to-vilkårslæren.

Ved vurderingen etter grunnvilkåret fant retten at da formålet bak den ulovfestede gjennomskjæringsregel er å beskytte norsk skatt, må det hovedsakelige formålet være å spare norsk skatt. Det at man med disposisjonen ville spare dansk skatt ble ansett til å tale mot at grunnvilkåret var oppfylt.

Totalvurderingen tok utgangspunkt i de virkningene disposisjonen hadde hatt, utover å spare norsk skatt. Også ulemper for skatteyteren ble ansett som relevante. Disse virkningene ble så vurdert opp imot formålene bak den konkrete rettsregel som det var aktuelt å gjennomskjære, i denne saken reglene om tapsfradrag. Høyesterett fant så at siden ønsket om å oppnå dansk skattemessig konsolidering måtte anses som et forretningsmessig akseptabelt hensyn, at aksjene ble overdratt til et reelt selskap som allerede eide aksje i andre selskap, og at disposisjonen hadde faktisk virkning for selskapene, kunne det ikke sies å være stridene mot tapsfradragetsreglenes formål å la disposisjonen få skatterettslig virkning. Tapsfradrag ble dermed innrømmet.

Formuleringen av to-vilkårslæren møtte massiv kritikk fra en nesten samstemmig teori⁷⁷. Kritikken baserte seg delvis på betraktninger «de lege lata», det var ikke rettskildemessig dekning for en slik inndeling, og «de lege ferenda», en slik løsning var svært uheldig.

⁷⁷ Se blant annet Zimmer SR 2007 s.2-13 og Gjems-Onstad (2008) s.1087 flg. Folkvord SR 2007 s.293 synes mindre kritisk

I Rt. 2006 s. 1199 strukturerte retten ikke vurderingen sin etter to-vilkårslæren, men dommen står alene. I alle andre avgjørelses der det er snakk om skatterettslig gjennomskjæring, bruker retten to-vilkårslæren som grunnlag for sin drøfting. Kritikken i teorien har også stilnet noe.

Per dags dato er det ikke tvilsomt at skatterettslig gjennomskjæring er avhengig av at to kumulative vilkår er oppfylt; skatteyters hovedsakelige formål med disposisjonen må være å spare skatt⁷⁸, og at det *"etter en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen"*⁷⁹.

Konkret bruk av regelen krever imidlertid at innholdet presiseres nærmere. Generelt kan vi dele anvendelsesproblemene inn i fire undergrupper; hva er rettsvirkningene av at normen anvendes, hvilke forhold kan gjennomskjæres, hva ligger i at forholdets hovedsakelige formål må være å spare skatt, og hvordan foretas vurderingen av virkningene opp mot formålene.

Deler av Høyesteretts formulering av gjennomskjæringsregelen i "Hydro Canada" kan være vanskelig å forankre i eldre praksis og teori, og for disse delene av regelen vil nok praksis etter denne dommen være mest relevant. Totalvurderingen er derimot svært lik den ortodokse formuleringen av prinsippet, og ved fastleggelsen av denne vil også eldre praksis kunne trekkes inn. Harboe påpeker at man skal være forsiktig med å tillegge eldre dommer på skatterettens område for stor vekt; de konkrete rettsproblemene har ofte fått nye løsninger, og det totale rettskildet bildet kan være endret ved innføring av et nytt skatteregime. Dette er en fornuftig betraktning som bør etterfølges.

⁷⁸ Jf Rt 2002 s. 456

⁷⁹ Jf Rt 2006 s1232

7.3.2 Hva er virkningene av at gjennomskjæring foretas?

Helt siden Magnus Aarbakkes artikkel i LOR 1970 s. 1 har det vært diskutert om bruken av skatterettslig gjennomskjæring er rettsanvendelse, faktumbeskrivelse eller en mellomting. Moderne teori synes samstemte i at det er rettsanvendelse, og i Rt. 2002 s.456 uttales dette rett ut av førstevoterende.

Rettsanvendelse er vurderingen om en rettsregel kommer til anvendelse på et konkret forhold, altså en rettslig tolking av bestemmelsen.

Skatteretten er underlagt legalitetsprinsippet, og vedtak om inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Den formelle delen av dette kravet oppfylles ved at gjennomskjæringsregelen ikke selv hjemler beskatning. Anvendelse av den ulovfestede gjennomskjæringsregel utvider anvendelsesområdet til en annen materiell regel, som hjemler så hjemler skatteplikt, eller begrenser anvendelsesområdet til en regel som innrømmer et fradrag.

I "Hydro Canada" var spørsmålet om selskapet kunne kreve fradrag for tap på fordring. Høyesterett fant at etter normal lovtolking kunne forholdet subsumeres under bestemmelsen, men spørsmålet var om man allikevel kunne nekte fradraget.

I Rt 2007 s.209 «Hex» var spørsmålet om det kunne fastsettes personinntekt for overskudd i aksjeselskap etter da gjeldene skattelov av 1911 § 58 (1) annet punktum. Dette krevde at aksjonæren deltok aktivt i driften av selskapet, og alene eller sammen med andre aktive aksjonærer, eide minst 2/3 av selskapet. Bestemmelsen ble gitt anvendelse selv om vilkårene i denne paragrafen ikke var oppfylt. Selv om førstevoterende i denne dommen ikke var så klar som man kunne ønske, er det klart at beskatning fant sted på bakgrunn av § 58⁸⁰.

I så måte kan man se på gjennomskjæring som et spesielt rettskildeprinsipp. Den ulovfestede gjennomskjæringsregel regulerer når man kan legge betydelig vekt på formålet bak reglene, og nærmest se bort fra ordlyden⁸¹. Og ser man på gjennomskjæringsregelen som et rettskildeprinsipp, kommer det iboende spenningsforholdet til legalitetsprinsippet enda kla-

⁸⁰ Harboe (2012) s.14

⁸¹ Harboe (2012) s. 203

rere frem. Mens legalitetsprinsippet krever at vi skal legge ekstra vekt på ordlyden, krever den ulovfestede gjennomskjæringsregel, når den kommer til anvendelse, at vi skal legge avgjørende vekt på formålet bak reglene. En prinsipiell drøfting av forholdet mellom disse to prinsippene er savnet i Høyesteretts praksis⁸².

Som oppsummering kan vi si at virkningen av at skatterettslig gjennomskjæring foretas, er at det legges vesentlig vekt på formålene bak en materiell skattebestemmelse, og at denne enten da kommer til anvendelse (ved skatteplikt), eller ikke kommer til anvendelse (ved fradragrett).

7.3.3 Hvilke forhold kan gjennomskjæres?

Det er per dags dato ingen holdepunkter for at den ulovfestede gjennomskjæringsregel anvendelsesområde er begrenset til noen deler av skatte- og avgiftsretten. Den ble brukt på spørsmål om arveavgift i Rt. 2006 s. 1199 «Nagel-Erichsen» og på merverdiavgift i Rt. 2011 s. 213 «Invex». Det er også å vente at Høyesterett, gitt at vilkårene er oppfylt, vil bruke reglene på andre skatte- og avgiftsrettslige områder.

Et grunnleggende problem er om kun rettslige handlinger, disposisjoner, eller om også faktiske handlinger kan gjennomskjæres.

Per dags dato finnes det ingen prejudikater som åpner for gjennomskjæring basert på faktiske handlinger. Jeg kan imidlertid vanskelig se at dette skulle være prinsipielt avskåret. Som hevdet tidligere kan gjennomskjæring best beskrives som et rettskildeprinsipp, der anvendelse av dette lar en legge vesentlig vekt på formålet bak regelen når rettsanvendelsen foretas. Vårt skattesystem åpner for at faktiske handlinger også kan ha skatterettslige konsekvenser. Når Høyesterett da har funnet ut at hensynet til å beskytte det norske skattefundament, og nøytralitetshensyn skal veie tyngre enn lovens ordlyd og skatteyters forutberegnelighet i disse situasjonene, må det samme gjelde ved faktiske handlinger.

⁸² Bland annet Harboe (2012) s. 211

Å finne konkrete eksempler kan imidlertid være vanskelig⁸³, og Høyesterett har enda ikke fått presentert en sak der en faktisk handling pretendes å gi grunnlag for gjennomskjæring. Rettstilstanden må således fremdeles sies å være uavklart, selv om jeg mener de beste grunner taler for å behandle faktiske handlinger på samme måte som disposisjoner.

7.3.4 Grunnkravet; den skattemessige motivasjon

I samtlige av dommene etter Rt. 2002 s.456, med unntak av Rt. 2006 s.1199, krever Høyesterett at det hovedsakelige formålet med disposisjonen må være å spare skatt.

Et grunnleggende spørsmål er om vurderingen av skatteyters motivasjon skal fastlegges objektivt eller subjektivt. Sagt på en annen måte, om skatteyter skal bedømmes ut ifra hva han faktisk vurderte, eller slik de fleste i hans situasjon ville vurdert situasjonen.

Eldre lære baserte seg på at faktisk motivasjon var irrelevant. Dette hadde sitt utspring i Rt-1963 s. 478, og var allment akseptert i teorien. Forholdet skulle etter denne dommen base- res på en objektiv bedømmelse av de faktiske forhold.

I Rt 2006 s. 1232 «Telenor» vurderte retten om tapsfradrag kunne nektes ved salg av en aksjepost til et søsterselskap i samme konsern. Retten fant det bevist at salget skjedde som en del av en omorganisering for, blant annet, å oppfylle en aksjonæravtale. Høyesterett tok utgangspunkt i hva skatteyter må «antas å ha lagt vekt på». Allikevel slik at *«dersom den dominerende virkningen av disposisjonen er at skatteyter sparer skatt, og at denne besparelsen er av noe omfang, foreligger det en sterk presumsjon for denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor»*. Da retten fant at salget skyldtes forretningsmessige hensyn, ikke skattehensyn, kunne gjennomskjæring ikke foretas. Grunnkravet var dermed ikke oppfylt.

⁸³ Spørsmålet var aktuelt i Polar Pioner saken, men Stavanger Tingrett løste saken uten å foreta gjennomskjæring.

Den subjektive vurderingen retten i «Telenor-dommen» gir anvisning på er vanskelig å forene med tidligere praksis. Motivasjonen skal altså avgjøres på bakgrunn av skatteyters subjektive formål, imidlertid slik at skatteyster selv må bevise hva disse har vært. Men kan skatteyster vise til at den faktiske motivasjonen ved handlingene ikke var å spare skatt, men en forretningsmessig omdannelse av bedriften eller etterleving av en aksjonæravtale, talte dette mot å gjennomskjære. Høyesteretts formulering i denne saken må nok også ha en del av skylden for at gjennomskjæring fremdeles virker såpass uoversiktlig, og praksis til tider selvmotsigende. Gjems-Onstad⁸⁴ pekte etter dommen på det lite ønskelige resultatet at store konsern kan planlegge seg bort fra gjennomskjæring ved å nøye utrede alle forretningsmessige hensyn før en transaksjon gjennomføres. Man kan alltid finne forretningsmessig motivasjon bare man leter nok, og dokumenteres dette før transaksjonene gjennomføres, kan man rett og slett omgå omgåelsesnormen. Som fremhevet av Anders Liland⁸⁵ risikerer man også at to identiske transaksjoner vurderes forskjellig, fordi det ene selskapet vurderte skattegevinsten som mer avgjørende enn det andre. Imidlertid har slike betraktninger per dags dato mer karakter av «de lege ferenda» enn «de lege lata».

Høyesterett legger vekt på skatteyters subjektive motivasjon. Imidlertid presumeres skattemotiv ved store skattebesparelser, og bevisvurderingen skal selvsagt være objektiv.

Skattemotivasjonen vurderes opp imot forretningsmessige hensyn. Hva dette er, eller hva det omfatter er vanskelig å gi en fullstendig redegjørelse for. I utgangspunktet vil alle formål, unntatt bespart norsk skatt, skatteyster klarer å bevise at han faktisk var motivert av, være relevant.. Det kreves imidlertid at virkningene måtte anses påregnelige for skatteyster ved handlingstidspunktet⁸⁶. Selve avveiingen av hensynene er en konkret vurdering, og utførelsen av denne er det vanskelig å gi en generell beskrivelse av, annet enn at den må oppveie en sterk presumsjon om skattemotiv.

⁸⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 1105

⁸⁵ Liland SR 2011 s.229

⁸⁶ Harboe (2012) S.242

7.3.5 Totalavveilingen

Utgangspunktet for totalavveilingen er om *«det etter en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen»*⁸⁷.

Vurderingen er en videreføring av eldre praksis, og et naturlig utgangspunkt er Kvislis formulering som fikk Høyesteretts tilslutning i "Vestlandske Vassdrag".

Kvisli skrev at *«Det vil neppe i noe tilfelle være tilstrekkelig å påvise at en transaksjon er fremkalt av skattemessige hensyn. Men jo mer formålsløs transaksjonen vil bli hvis de skattemessige hensyn kuttes ut, jo sterkere vil preget av arrangement være. Har transaksjonene ikke en viss egenverdi m.h.t. økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig sett er uangripelige.»*⁸⁸

Det følger av dette at transaksjonens egenverdi vil være sentral i forhold til om gjennomskjæring kan foretas. Høyesterett har flere ganger vurdert om disposisjonene har noen egenverdi for skattesubjektene. Imidlertid åpner nyere praksis for at ikke bare disposisjonens egenverdi, men også andre virkninger av disposisjonene skal anses relevant. Det vil da være mer naturlig å se på alle disposisjonens virkninger⁸⁹.

Henvisningen til skatteyters motiv må forstås på samme måte som formålet etter grunnvilkåret. Men selv om man anser grunnvilkåret for oppfylt, kan det foreligge andre motiv ved handlingen som styrker disposisjonens ikke-skattemessige virkninger. Disse kan dermed bidra til at disposisjonen står mer på egne ben⁹⁰.

⁸⁷ Jf blant annet Rt 2012 s. 1888

⁸⁸ Referert fra Rt 1966 s. 1189

⁸⁹ Jf Harboe (2012) s. 259

⁹⁰ Harboe (2012) s. 259

Henvisningen til omstendighetene for øvrig kan sees på som en sikkerhetsventil uten at det er åpenbart hva det eventuelt skulle være.⁹¹

Det sentrale momentet for totalavveilingen er dermed disposisjonens ikke-skattemessige virkning. Disse må vurderes mot formålet bak den konkrete skatteregel. Denne vurderingen, som i tidligere rettspraksis omtaltes som illojalitetsvurderingene, er altså en vurdering av om skattyter har innrettet seg i strid med skatteregelens formål⁹².

Hvilket krav til egenverdi som kreves, vil variere i forhold til hvor sterk motstrid det foreligger mot skatteregelens formål⁹³. Der de aktuelle disposisjonene har hatt en stor egenverdi, har transaksjonene trolig villet blitt foretatt uavhengig av om den positive skattefordelen forelå. I slike situasjoner er gjennomskjæring lite aktuelt⁹⁴. Gjennomskjæring har, etter høyesterettspraksis, kun vært anvendt der det foreligger svært lite egenverdi ved transaksjonen som helhet⁹⁵, eller ved mellomposisjonen i transaksjonskjeder som i seg selv ikke er foretningmessig begrunnet⁹⁶.

Oppsummeringsvis kan vi konkludere med at gjennomskjæring kun er aktuelt der det foreligger svært små faktiske virkninger av disposisjonen, og disposisjonen strider mot den konkrete regelens formål.

7.3.6 Samlet vurdering av flere ledd

Skatterettslig gjennomskjæring er et virkemiddel mot omgåelse av skattereglene. For å oppnå en skattemessig gunstig virkning, er det imidlertid ofte nødvendig å foreta flere transaksjoner, som til slutt ender opp med en gunstig skatteposisjon, eller et gunstig resultat i forhold til om man strukturerte transaksjonene på en annen måte. Et sentralt spørsmål er

⁹¹ Harboe (2012) s. 260

⁹² Harboe(2012) s. 262

⁹³ Banoun (2003) s. 334

⁹⁴ Harboe (2012) s. 275

⁹⁵ Typisk Rt 2007 s.209 «Hex»

⁹⁶ Typisk Rt 2004 s. 1331 "Aker Maritim"

om retten kun kan vurdere den enkelte disposisjon hver for seg, eller om det samlede resultatet av flere disposisjoner skal vurderes samlet.

Høyesterett slo fast i Rt.2006 s.1232 at *«dersom en disposisjon inngår som ledd i et større kompleks av disposisjoner, kan spørsmålet om grunnvilkåret er oppfylt ikke vurderes isolert for hver enkelt disposisjon, men må avgjøres etter en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet.»*.

Synspunktet er opprettholdt i Rt. 2008 s. 1537, og i Rt 2012 s. 1888 ble det slått fast at dette ikke bare skulle gjøres i forhold til grunnvilkåret, men også i forhold til totalavveiningen.

Vurderingstemaet er dermed om disposisjonen utgjør en naturlig helhet. Selve formuleringen gir ikke mange holdepunkter, men en analyse av rettens bruk av normen gir en viss veiledning.

I Rt 2004 s. 1331 «Aker Maritim» var spørsmålet om en gevinst ved realisasjon av aksje skulle anses som skattepliktig inntekt, eller om den skulle anses skattefri i henhold til da gjeldene konsernforskrift og reglene om skattefri fusjon.

Aksjene var først overført til et nyopprettet datterselskap, som så øyeblikkelig etterpå var fusjonert sammen med et annet selskap. På den måte oppnådde skattyterne å falle innenfor begge regelsett. Spørsmålet for retten var om overdragelsen til datterselskapet og den etterfølgende fusjonen måtte vurderes samlet, slik at det som skulle vurderes var overføringen fra opprinnelig eier til den endelige eieren. Høyesterett kom fram til at transaksjonene ikke skulle vurderes hver for seg. Planen hadde hele tiden vært å få overført aksjene til den endelige eier, og mellomstasjonen ble vurdert som et unødvendig mellomledd. Den skattefrie overføringen ble så funnet i strid med reglenes formål og gjennomskjæring ble foretatt.

I Rt. 2012 s. 1188 «Dyvi Eiendom» ble et holdingselskap med et stort fremførbart underskudd fra tidligere år, og med to eiendomsselskap som eneste andre vesentlig aktiva ervervet. Underskuddet ble senere brukt for å fradra inntekt mottatt gjennom konsernbidrag fra andre selskap i det nye konsernet. Retten kom fram til at også i forhold til totalavveiningen

måtte transaksjoner som utgjorde en naturlig helhet vurderes samlet. Retten fant at dermed kunne ikke kjøpet av selskapet vurderes isolert, men måtte vurderes sammen med ervervet av de underliggende selskap. Særlig grunnet de små krav til egenverdi som følger av rettspraksis, ble transaksjonen ikke ansett å kunne gjennomskjæres da den hadde selvstendig egenverdi. Ervervet av selskapet måtte altså sees i sammenheng med ervervet av de underliggende eiendeler.

I Rt-2008 s. 1537 «Conoco Philips» var spørsmålet om en rentebærende fordring skulle tilordnes et selskap omfattet av særskattregimet for oljeproduksjon på norsk sokkel, eller dets datterselskap, som ikke var særskattepliktig. Fordringen var ervervet ved at et annet selskap i konsernet hadde foretatt et oppkjøp, der kjøp av fordringen var en forutsetning for kjøpet av selskapet. I forhold til hvilke omstendigheter som skulle vurderes samlet slo retten fast at finansieringen av fordringen og hvilket selskap i konsernet som skulle erverve den, skulle vurderes samlet. Disse disposisjonene hadde en nødvendig indre sammenheng til å utgjøre en naturlig helhet. Det måtte imidlertid avgrenses mot selve ervervet av fordringen, slik at dette ikke kunne trekkes inn ved vurderingen. Hva som var årsaken til denne avgrensingen ble imidlertid ikke drøftet. Det er imidlertid nærliggende å konkludere med at det faktum at fordringen uansett skulle kjøpes, uavhengig av hvor den skulle plasseres, var avgjørende for at ervervet og den etterfølgende plasseringen, ikke ble ansett som en naturlig helhet. Løsningen har vært kritisert⁹⁷.

For å oppsummere kan vi si at Høyesteretts vurderinger av om flere disposisjoner utgjør en naturlig helhet er svært konkret. Imidlertid vil disposisjoner som på beslutningstidspunktet var del av en samlet plan, kunne bli vurdert under ett. Det samme vil være tilfelle der disposisjonene er foretatt samtidig eller i svært nær sammenheng.

⁹⁷ Erik Jensen SR 2009

7.4 Gjennomskjæring av de enkeltstående disposisjonene

Hverken konsernbidraget eller rentefradraget virker som naturlige kandidater for gjennomskjæring når de vurderes hver for seg. Rentefradraget er basert på faktisk betalte renter for et markedsmessig lån⁹⁸, konsernbidraget er ytt innenfor de skatte- og selskapsrettslige rammene. Det er slik sett hverken et spenningsforhold mellom form og realitet, eller noen illojal utnyttelse av reglene ved de enkeltstående disposisjoner. Jeg regner det som lite tvilsomt at disse disposisjonene ikke kan gjennomskjæres når de vurderes enkeltvis.

7.5 Gjennomskjæring på bakgrunn av disposisjonene vurdert samlet

Imidlertid kan situasjonen bli annerledes hvis man vurderer de forskjellige disposisjonenes samlede virkning. Kombinasjonen av konsernbidrag og rentebetaling gjør at overskuddet nesten i sin helhet unngår beskatning i Norge, og man kan anføre at konsernbidraget reelt sett er ytt til et selskap i utlandet. For å avgjøre om disposisjonen kan vurderes samlet, kreves det imidlertid at de utgjør en naturlig helhet.

Ved lånefinansiert selskapsserverv blir dermed spørsmålet om ervervet av målselskapet, ytelsen av konsernbidraget og holdingselskapets kapitalstruktur utgjør en naturlig helhet, og dermed skal vurderes samlet.

Vi kan skille mellom situasjoner der strukturen ble opprettet i forbindelse med oppkjøpet, og der man senere omstrukturerer fra direkte eierskap til eierskap gjennom holdingselskap.

Ved etablering av strukturen ved oppkjøpet, vil det trolig ligge en samlet plan bak både transaksjonen og måten denne ble gjennomført på. Stiftelsen, eller kjøpet av, holdingselskapet, tilførselene av egenkapital og låneopptak vil trolig også ligge i nær tidsmessig sammenheng med oppkjøpet av målselskapet. Dette taler med tyngde for at disposisjonene vur-

⁹⁸ Hvis ikke kan lånet revideres etter sktl. § 13-1

deres samlet. Selv om Conoco-dommen⁹⁹ kan tale for at den bakenforliggende transaksjonen og valget av struktur ikke nødvendigvis utgjør en naturlig helhet, taler etter mitt syn Aker Maritim-dommen og Dyvi-dommen for at de her bør vurderes samlet. Totalt sett taler dermed de beste grunner for at oppkjøpet, etableringen av et lånefinansiert holdingselskap som eier og konsernbidraget utgjør en naturlig helhet og skal vurderes samlet.

Der målselskapet først erverves direkte av morselskapet, men hvor man så velger å omorganisere selskapsstrukturen, stiller situasjonen i mine øyne seg noe annerledes. Det er da på det rene at det ved oppkjøpet ikke forelå noen samlet plan om struktur og erverv. Disposisjonene er også foretatt med en viss tidsmessig avstand. I en slik situasjon mener jeg de beste grunner taler for å ikke vurdere selve ervervet sammen med konsernbidrag og rentekostnad. Det er nok lite ønskelig at man på den måten forskjellsbehandler en identisk struktur på bakgrunn av dens forhistorie, men det er en uunngåelig konsekvens av Høyesteretts fokus på subjektive momenter. Forbindelsen mellom rentekostnad og konsernbidrag vil allikevel trolig ha en så nær sammenheng at de skal vurderes under ett, utbetalingene fra målselskapet er jo holdingselskapets eneste inntekter, og forutsatt for å kunne betjene lånet.

7.5.1 Grunnkravet; skattemessig motivasjon

Utgangspunktet er skatteytters subjektive motivasjon, men slik at det, dersom den dominerende virkningen av disposisjonene er at et spares skatt av et visst omfang, foreligger en sterk presumsjon for at transaksjonene var skattemotivert.

7.5.2 Formålet med strukturen, eller formålet med transaksjonskjeden?

Ved lånefinansiert selskapserverv er den bakenforliggende motivasjonen for transaksjonsrekken at man ønsker å erverve målselskapet. For å oppnå dette kan man imidlertid velge

⁹⁹ Rt. 2009 s. 1537

mellom flere forskjellige fremgangsmåter. Man kan for eksempel kjøpe selskapet selv, eller man kan opprette et holdingselskap som så erverver selskapet. Skal man i en slik situasjon vurdere om skattemessig motivasjon foreligger i forhold til det grunnleggende formålet, selskapservervet, eller skal man vurdere skatteformålet på bakgrunn av hvordan transaksjonen ble strukturert?

I utgangspunktet synes det naturlig at man vurderte motivasjonen i forhold til de disposisjonene som ble ansett å utgjøre en naturlig helhet. Altså slik at målet, å erverve selskapet, var relevant når strukturen ble opprettet i forbindelse med ervervet, men ikke når det senere ble omstrukturert.

I «Aker Maritim»-dommen, Rt-2004-1331, var det bakenforliggende formålet åpenbart forretningsmessig; man ønsket en konsolidering av verftsinteressene til Aker RGI og Aker Maritim. Allikevel ble en midlertidig eierposisjon, som muliggjorde den skattefrie transaksjonen, sett bort ifra fordi denne utelukkende var skattemessig motivert. At formålet med hele transaksjonskjeden var forretningsmessig basert, reddet altså ikke en skattemotivert mellomstasjon, selv om nettopp kjernen i dommen er at disposisjonen måtte ses i sammenheng. Det samme ble resultatet av vurderingen i "Reitan-dommen", formålet bak transaksjonsrekken var å gjennomføre et generasjonsskifte, men valget av fremgangsmåte var motivert av ønske om å spare skatt.

Dyvi-dommen må sies å til dels klargjøre rettstilstanden. Kjøpet av eiendommene var forretningsmessig begrunnet, men man kunne stille spørsmål ved om struktureringen var hovedsakelig motivert av skatteformål. Retten anså både motivene for strukturen, og det underliggende motivet om erverv av eiendommene, som relevante.

Dette må lede til at både det bakenforliggende formålet med transaksjonen, og formålet med hvordan transaksjonen struktureres, anses relevante. Vurderingen begrenser seg imidlertid til de disposisjonene som utgjør en naturlig helhet.

Som konkludert tidligere vil man dermed i en omorganiseringssituasjon ikke kunne trekke inn formålet med selskapsservervet, mens dette trolig vil være relevant ved en etablering av strukturen i forbindelse med oppkjøpet.

7.5.3 Mulige motivasjonsfaktorer

Igjen må det understrekes at det prinsipielt avgjørende er hva den konkrete skatteyder faktisk er blitt motivert av. Ved bruk av holdingselskapstrukturen ved selskapsserverv, vil det bli spart skatt i et visst omfang, i forhold til et direkte oppkjøp. Det vil dermed foreligge en presumsjon om skatteformål.

Der holdingselskapsstrukturen er opprettet i forbindelse med oppkjøpet, og de dermed utgjør en naturlig helhet, vil det naturlige utgangspunktet for skatteyders motivasjon være ønske om å erverve selskapet. Dette ønsket vil veie tungt for at selskapet ikke hovedsakelig var motivert av skattemessige hensyn. Selskapsservervet er imidlertid ikke relevant ved en senere omorganisering, slik at skatteyder da må vise at omstruktureringen i seg selv var forretningsmessig begrunnet.

Liland anfører i en artikkel i SR 2010 s. 16-45, to mulige motiv skatteyderne kan tenkes å påberope seg. Valget av struktur kan være motivert av hensynet til en hensiktsmessig kapitalstruktur, eller kan være valgt for å oppnå en skattefordel i utlandet. Disse påstandene er imøtegått av Ove Jenssen i SR 2011 s. 140-154.

7.5.3.1 Hensiktsmessig kapitalstruktur

Formålet med en hensiktsmessig kapitalstruktur er å plassere lånet nærmest mulig inntektsstrømmen. Bedriftsøkonomisk kan dette begrunnes med selskapets ønske om å tydeliggjøre de kostnadene konsernet faktisk har ved sin investering. De fleste investeringer er foretatt med sikte på en positiv avkastning, slik at rentekostnader må trekkes fra overskuddet.

Jenssen kritiserer dette formålet fordi han mener det ikke forklarer hvorfor det er den oppkjøpte virksomheten, og ikke kjøper, skal belastes renteutgiftene¹⁰⁰. Videre anfører han at en direkte tilordning av lånet ville stride mot asl. § 8-10, og at det fatum at overskuddet som er produsert i målselskapet brukes til å finansiere låneopptaket, taler for at argumentet om hensiktsmessig kapitalstruktur er et svakt argument for forretningsmessig egenverdi¹⁰¹.

Etter min mening angriper Jenssen her galt punkt. For det første er det ikke, hverken formelt eller reelt, den oppkjøpte virksomheten som belastes rentekostnadene. Holdingselskapet er et selvstendig juridisk subjekt, og er den som formelt eier aksjene i målselskapet. Det er holdingselskapet som belastes rentene, og det er holdingselskapet som betjener lånet. Det er dermed også galt når Jenssen anfører at det er den utenlandske kjøper som har pådratt seg rentekostnadene; det er det norske holdingselskapet som har gjort dette. Holdingselskapet er et norsk skattesubjekt, med evne til å ta opp lån i kapitalmarkedet¹⁰², som har benyttet denne lånekapasiteten.

Etter min mening vil den riktige tilnærmingen for å angripe en påstand om at holdingselskapsstrukturen er valgt på grunn av hensynet til en hensiktsmessig kapitalstruktur, være å trekke bevisene i tvil. Var virkelig denne strukturen bestemt av dette hensynet, eller var egentlig formålet i all hovedsak å spare skatt? Er konsernet opptatt av den ansvarliggjøringen som kapitalstrukturen fører til i andre land, også der den innebar en skatteulempe? Sammenholdt med skattemotiv presumsjonen, er det på ingen måte selvsagt at et forretningsmessig motiv kan anses bevist. Kan det derimot legges til grunn at selskapet faktisk var motivert av disse hensynene, ser jeg ikke at man kan komme utenfor at selskapets disposisjon var motivert av forretningsmessige hensyn, ikke hovedsakelig skattemessige. Grunnvilkåret for gjennomskjæring vil da ikke være oppfylt.

¹⁰⁰Jensen SR 2011 s. 152

¹⁰¹Jensen SR 2011 s. 152

¹⁰² Hvis ikke ville kapitalstrukturen kunne revideres etter § 13-1, uten å benytte ulovfestet gjennomskjæring.

7.5.3.2 Hensynet til spart utenlandsk skatt

Liland anfører videre at hensynet til å spare utenlandsk skatt kan være et relevant moment ved fastleggelsen av om det foreligger skattemotivasjon¹⁰³. Høyesterett fant i Hydro Canada-dommen at, siden formålet med den ulovfestede gjennomskjæringsregel var å beskytte mot erodering av norsk skattegrunnlag, var hensynet til å spare utenlandsk skatt et relevant forretningsmessig hensyn. Selv om denne påstanden har blitt kritisert, er den ikke fraveket, og må anses som gjeldene rett da både rettspraksis og formålene bak regelen taler for å anse spart utenlandsk skatt som et forretningsmessig formål.

Som eksempel nevner Liland at lånet trenger å plasseres i det norske selskapet fordi den alternative plasseringen, i et tysk selskap, vil hindre dette i å få rentefradrag. Jenssen avviser dette argumentet, men jeg er usikker på om de diskuterer samme problemstilling.

De tyske reglene bestemmer i utgangspunktet at rentefradraget er begrenset til 30 % av EBITA (earnings before tax, depreciation and amortisation). Imidlertid åpner en unntaksbestemmelse for at man kan få fradrag for en større rentekostnad så lenge selskapets gjeldsgrad tilsvarende konsernets konsoliderte gjeldsgrad. I Lilands eksempel tror jeg tanken er at det tyske selskapet har en høyere gjeldsgrad enn konsernets, og dermed får et begrenset rentefradrag. Etter overføringen av gjelden til det norske selskapet vil det tyske selskapets gjeldsgrad være i lik konsernets konsoliderte gjeldsgrad, og det vil dermed betale mindre tysk skatt, fordi hele rentefradraget (ikke bare 30% av EBITA) kan benyttes. Saken er altså ikke at det tyske datterselskapet overfører gjelden fordi det selv ikke får fradratt kostnadene til dette finansielle instrumentet, men at de ved å overføre dette får fradrag for sine andre gjeldsposter. Etter Hydro Canada-dommen er dette et relevant forretningsmessig hensyn. Om det er nok til å oppveie presumsjonen er imidlertid en konkret vurdering, men både hensynet til en hensiktsmessig kapitalstruktur og spart utenlandsk skatt er etter mitt

¹⁰³ Liland SR 2010 s. 29

syn relevante momenter, forutsatt at selskapet selv har lagt vekt på dem før oppkjøpet eller omstruktureringen.

7.5.3.3 Andre formål

Man kan også tenke seg andre foretningmessige formål; valget av oppkjøp gjennom holdingselskap ble tatt fordi man senere ønsker å utvide konsernets tilstedeværelse i Norge, der holdingselskapet skulle fungere som en norsk konsernspiss. Man kan argumentere for at kapitalstrukturen tilsvarer en ønsket risikoprofil for selskapet eller konsernet som helhet, og at det derfor ikke er motivert av hensynet til å spare skatt. Kapitalstrukturen kan også forklares ved at man ved lån får en løpende, månedlig, betaling av renter, i stedet for en utbetaling ved slutten av året. Morselskapets likviditetssituasjon kan dermed tilsi at lån er en mer fornuftig foretningmessig strukturering av selskapets kapitalbehov.

Det er reelt sett umulig å komme med en fullstendig oppregning av hva selskapene kan tenke seg å anføre som grunnlag for de disposisjonene som er foretatt, til der er virkeligheten og forretningslivet for komplekst.

Det illustrerer imidlertid et grunnleggende problem ved Høyesteretts vektlegging av den skattemessige motivasjon i de seneste gjennomskjæringsdommene; nesten alt kan ha en foretningmessig begrunnelse. Hensynet til den subjektive motivasjon åpner for at selskapene leter etter, eller nesten konstruerer, foretningmessige begrunnelser for skattemessig lønnsomme disposisjoner.

7.5.4 Totalavveining

Utgangspunktet for totalvurderingen er om den faktiske virkningen av disposisjonene kan sies å stride mot skattereglenes formål. I Rt 2006 s12 uttalte retten at gjennomskjæring var avhengig av «*at det etter en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens*

forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen».

Vurderingen tar utgangspunkt i formålene bak de konkrete skattereglene det er snakk om å gjennomskjære. I forhold til lånefinansiert selskapserverv er de aktuelle reglene konsernbi-drag, rentefradrag og holdingselskapets eierposisjon.

7.5.4.1 Gjennomskjæring av holdingselskapets eierposisjoner

Holdingselskapets eierposisjon kan tenkes gjennomskåret på to måter, enten fordi selskapet ikke bli anerkjent som et selvstendig skattemessig subjekt, eller fordi selskapet ikke blir ansett å eie aksjene i målselskapet.

7.5.4.2 Skatterettslig identitet

Ved vurderingen av om selskapet skal anses som et selvstendig subjekt må vi anta at selskapet er gyldig stiftet, og at det ikke foreligger en selskapsrettslig oppløsningsplikt ved, for eksempel, utflytting. At selskapet ikke anerkjennes på grunn av slike forhold er ikke gjennomskjæring, og det ligger innenfor selskapet og eiernes kontroll å hindre at slike situasjoner oppstår.

Det er vanskelig å tenke seg en situasjon der eksistensen av et selskap skal stride mot formålet med at visse selskap anses som selvstendige skattesubjekter. Banoun¹⁰⁴ anfører uansett at det er vanskelig å drøfte illojalitet uten å se hen til transaksjonens egenverdi. Dette styrkes videre av at formålet bak gjennomskjæringsreglene er å hindre subjektene å mis-

¹⁰⁴ Banoun (2003) s. 334

bruke rettslige former, der realiteten er en annen enn den form som er valgt. Altså at det foreligger et spenningsforhold mellom form og realitet.

I forhold til et aksjeselskaps skatterettslige identitet er det vanskelig å se for seg et slikt spenningsforhold fordi formen nettopp er realiteten. Videre vil opprettelsen av selskapet ha store faktiske virkninger for eierne; selskapsrettslige former må overholdes, verdiene i selskapet vil ikke lenger kunne disponeres fritt av eierne, det kan oppstå revisorplikt, og man må ta hensyn til eventuelle medaksjonærer. I forhold til de begrensede virkningene som kreves etter Zenith-dommen vil slike faktiske virkninger av selskapsstiftelsen tale med tyngde for at selskapsformen ikke kan gjennomskjæres. Harboe synes enig¹⁰⁵.

Både Aker Maritim-dommen og ABB-dommen er blitt påberop som prejudikater for at selskap etter gjennomskjæringsbetraktninger kan anses som ikke-eksisterende. Etter mitt syn var det Høyesterett konkluderte med i Aker Maritim kun at selskapet ikke var eier av aksjene, derimot bestred den ikke selskapets eksistens.

I ABB-dommen ble et selskap ansett for skatterettslig å ha blitt oppløst, selv om selskapslikvidasjon ikke var foretatt. Situasjonen var der imidlertid svært spesiell, selskapet var tomt for alt annet enn skatteposisjoner og finansaktiva, og endret sin virksomhet fra et industri- til et investeringsselskap. Alternativet for selger var å oppløse selskapet i stedet for å selge det. Ved lånefinansiert selskapserverv er det ikke skatteposisjonene i holdingselskapet før ervervet som blir forsøket benyttet, men de som oppstår ved selskapets egne disposisjoner. Det har således en helt annen karakter enn det overdratte selskapet i ABB.

Det vil dermed ikke være mulig å gjennomskjære holdingselskapet skatterettslige identitet.

7.5.4.3 Holdingselskapets eierposisjon

¹⁰⁵ Harboe (2012) s. 316

Å gjennomskjære holdingselskapets eierposisjon vil føre til at aksjene, og lånet som er opp-tatt av selskapet for å finansiere disse blir allokert til morselskapet i stedet.

Det finnes prejudikater for at et selskaps eierposisjon kan bli revidert ved bruk av den ulov-festede gjennomskjæringsregel. I Rt.1971 s.264 «Kielland» ble et aksjeselskaps eierposi-sjon underkjent på grunn av disposisjonenes skattemessige formål, slik at utbytte ble ansett som gitt til de personlige eierne i stedet for holdingselskapet. Betraktingene i dommen bæ-rer i stor grad preg av å ikke se den forretningsmessige begrunnelse for at eierskapet skulle plasseres i holdingselskap.

Imidlertid har holdningen til holdingselskap endret seg betraktelig siden den gang¹⁰⁶, og i Rt.1995 s. 638 «Skau/Gundersen» aksepterte retten en slik struktur som forretningsmessig. I denne saken var spørsmålet om et konsernbidrag til et holdingselskap kunne gjennom-skjæres slik at bidraget måtte regnes som utbytte til selskapets eiere. Retten konkluderte med at siden selskapene var reelle, at de hadde drevet en ikke ubetydelig forretningsvirk-somhet de senere år, og at strukturen var forretningsmessig begrunnet, var det ikke grunn-lag for gjennomskjæring. Retten la altså stor vekt på disposisjonens egenverdi og skatte-yters formål med denne.

Dommen vurderer ikke om arrangementet var en illojal tilpasning til skattereglene. Hadde en slik vurdering blitt foretatt, måtte i så fall ta utgangspunkt i formålene bak henholdsvis konsernbidragsreglene og rentefradraget. Vurderingen av om konsernbidraget skal gjen-nomskjæres, eller om holdingselskapets eierposisjon skal gjennomskjæres, vil dermed være sammenfallende. Forskjellen ligger i ved hvilken ligning spørsmålet dukker opp. Ved lik-ningen av målselskapet er vi interessert i om ytelsen skal klassifiseres som konsernbidrag, ved likningen av holdingselskapet, og eventuelt av morselskapet, er vi interessert i hvem som er skattemessig eier av selskapsandelene og ansvarlig for gjelden.

¹⁰⁶ Harboe (2012) s. 316

7.6 Kan det foretas gjennomskjæring fordi disposisjonene er i strid med formålet bak konsernbidragsreglene?

Formålet med konsernbidragsreglene fremkommer i Ot.prp. (1980-81) s. 66, og er oppsummert av Høyesterett i Dyvi-dommen¹⁰⁷. Konsernbidrag skal la selskap innen samme konsern utligne inntektsforskjeller, slik at konsernet som helhet oppnår å bli tilnærmet nettoliknet. Dette er igjen basert på en tanke om skatteevneprinsippet. Konsernets skatteevne er et resultat av alle selskapenes totale skattemessige over- og underskudd. Videre taler nøytralitets- og effektivitetshensyn for at det åpnes for konsernbidrag. Effektivitetshensynet tilsier at en forretningsmessig fornuftig selskapsstruktur ikke bør være skattemessig ugunstig. Nøytralitetshensyn tilsier at den skattemessige behandlingen av forskjellige konsern burde være lik, uavhengig av om konsernet velger å operere som ett selskap eller flere.

Spørsmålet blir da om konsernbidrag, med etterfølgende rentebetaling til utlandet, kan sies å stride mot disse forholdene. Igjen vil det være nødvendig å skille mellom omstrukturering og ervervssituasjonen. Dette er nødvendig fordi man etter Dyvi-dommen også i forhold til totalavveiingen skal vurdere effekten av disposisjoner som utgjør en naturlig helhet samlet. Som konkludert tidligere vil da ervervet være sentralt ved oppkjøpet, men ikke ved omorganiseringen.

Vurderingen av skatteytters formål vil basere seg på de samme momentene som grunnvilkåret. Ved opprettelsen av strukturen ved oppkjøpet, vil det grunnleggende formålet med investeringen, oppkjøp av målselskapet, være et tungt argument for at strukturen ikke kan gjennomskjæres.

Eierposisjon i det nyervervede selskapet vil ha en stor faktisk virkning. Videre vil, for både oppkjøps- og omstruktureringssituasjonen, et nytt aksjeselskap stiftes. Dette fører til at ak-

¹⁰⁷ Rt. 2012 s.1888 avsnitt 56.

sjonærene mister den direkte tilgangen til egenkapitalen, at revisorplikt kan oppstå og at man må forholde seg til selskapslovgivningen. Dette taler også for at transaksjonene har stor faktisk virkning.

Utbetalingene til morselskapet fra holdingselskapet vil også endres fra en årlig utbytteutbetaling, med de grensene som ligger for dette, til løpende månedlige renteutbetalinger. Utbetalinger av disse krever ikke at det finnes fri egenkapital i selskapet. Dette gir også transaksjonene en faktisk virkning mellom partene, og kan gi disposisjonene en foretningmessig begrunnelse.

Det konkrete formålet med transaksjonene må også vurderes, men denne vurderingen vil i stor grad være sammenfallende med grunnvilkåret. Som vist under drøftelsen der, er det imidlertid mange foretningmessige grunner til at selskapet kan velge holdingselskapsstrukturen.

Disse momentene må veies mot graden av illojalitet i forhold til konsernbidragsregelens formål. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at man i slike tilfeller i det hele tatt kan si at det foreligger et brudd med disse.

At selskapet er lånefinansiert, og at konsernbidraget dermed brukes til å betjene gjelden, kan ikke tale for gjennomskjæring. De fleste selskap i dag er finansiert med en blanding av gjeld og egenkapital, ofte med over 80 % gjeld. De aller fleste konsernbidrag vil dermed gå med til å dekke betjening av denne gjelden. Videre må det påpekes at lånet og rentesatsen antas å være armlengdes, ellers vil strukturen kunne korrigeres etter § 13-1. Rentekostnadene er dermed en faktisk markedsmessig kostnad for holdingselskapet, og denne kostnaden hadde ikke vært annerledes selv om en ekstern långiver hadde ytt lånet. Slik sett vil konsernbidraget kun oppnå at det norske konsernet får mulighet til å lignes for dets faktiske nettoinntekt. Og dette er helt i tråd med formålet med regelsettet.

Zenith- og Dyvi-dommen stiller svært små krav til transaksjonenes egenverdi¹⁰⁸. Ved etableringen av strukturen ved oppkjøpet synes transaksjonens egenverdi å langt overskride det krav til egenverdi som stilles. Et sitat fra Reitan-dommen syns som en naturlig oppsummering; *«Borgerne har i tilfeller hvor de står overfor valgmuligheter som gir forskjellige skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser, ikke plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt eller avgift. Så lenge det alternativ som blir valgt, er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten eller avgiften blir lavest mulig.»*

Det er jo nettopp det som er situasjonen her, man vil kjøpe opp det norske selskapet, og holdingselskapsstrukturen er naturlig måte å strukturere oppkjøpet på. I et slikt tilfelle kan jeg vanskelig se for meg at gjennomskjæring av konsernbidraget kan bli aktuelt. Graden av illojalitet er ikke eksisterende, eller i hvert fall svært liten, og transaksjonenes egenverdi er stor.

Ved omorganisering til holdingselskapsstrukturen vil egenverdien til transaksjonene være noe mindre, fordi selve ervervet ikke vil være relevant. Løsningen er derfor noe mer tvilsom. Imidlertid vil graden av illojalitet være svært liten her også. I denne situasjonen tror jeg avgjørelsen må basere seg på konkrete forhold ved de transaksjonene som er foretatt. Fremkommer det at skattemotivet var svært dominerende, eller at holdingselskapet var tiltenkt kort levetid, mener jeg gjennomskjæring kan foretas. Foreligger det derimot ingen slike spesifikke momenter, vil den manglende grad av illojalitet gjøre at transaksjonene ikke kan gjennomskjæres.

Konsernbidraget kan dermed ikke gjennomskjæres hvis strukturen er opprettet i forbindelse med oppkjøpet. Er strukturen etablert senere, kan gjennomskjæring kun foretas hvis det foreligger spesifikke momenter som taler for at skatteyder hadde et spesielt stort skattemotiv.

¹⁰⁸ I Rt.1997 s.1580 ble en eierpost på 4 MNOK ansett som stor nok til å gi transaksjonen tilstrekkelig forretningsmessig egenverdi, selv om dette kun utgjorde ca. 4 % av kjøpesummen. Prejudikatet ble opprettholdt i Rt 2012 s. 1888.

7.7 Kan det foretas gjennomskjæring fordi disposisjonen anses som stridene mot formålet bak rentefradragsreglene?

Gjennomskjæring av rentefradraget er aktuelt i forhold til ligningen av holdingselskapet, og ligningen til konsernmøren. Gjennomskjæres rentefradraget, vil utbetalingen fra holdingselskap til morselskap ikke være fradragsberettiget for holdingselskapet, og skattlegges som utbytte på morselskapets hånd. Vurderingen av om det foreligger skatteformål, vil være identisk med vurderingen av gjennomskjæring av konsernbidraget. Egenverdivurderingen vil således også være lik, og jeg viser til drøftingen under punk 7.6. Imidlertid vil disposisjonenes virkning vurderes opp i mot formålet bak rentefradragsreglene.

Rentefradragsreglene i Norge er ubetinget. Rentefradrag etter § 6-40 innrømmes for alle rentekostnader uavhengig av tilknytningen til skattepliktig inntekt. Mye av diskusjonene tidligere i Norge har basert seg på at man dermed kan finansiere forbruk med fradragsberettiget gjeld. Det er ved lånefinansiert selskapsverv ikke tvilsomt at lånet faktisk er benyttet til å skaffe seg skattepliktig inntekt. Det som gjør konstruksjonen skattemessig lønnsom, er imidlertid at det ikke foreligger symmetri i forhold til at rentebetalingene ikke er skattepliktig inntekt for mottaker, i og med at det ikke er kildeskatt på renter i Norge.

Det absolutte rentefradraget kom inn i norsk lovgivning ved skatteloven av 1882. Hvilke betraktninger som lå bak innføringen av en ubetinget rett er ikke referert i Stortingsforhandlingene, men tidligere uttalelser synes å anta at rentefradraget fulgte av nettoinntektsprinsippet, altså at det kun er overskuddet til skatteyder som skaper skatteevne. Ved innføringen av fritaksmodellen konkluderte Finansdepartementet med at fradragsretten for renter burde være i behold, selv om inntekten en lånefinansiert investering ville generere, i stor utstrekning ville være skattefri¹⁰⁹. Det ubetingete rentefradraget er videreført, uten mer dis-

¹⁰⁹ Liland SR 2010 s. 32 med videre henvisninger

kusjon i samtlige skattelover. Matre advarer i sin doktorgrad om at så gamle forarbeider ikke nødvendigvis sier hvilke bakenforliggende hensyn som bærer bestemmelsen i dag.

Det finnes dermed ikke autorative kilder som kan si noe om hvilke formål som bærer rentefradragsreglene, det er heller ingen øyeblikkelige naturlige kandidater¹¹⁰. Generelt er det vanskelig å fastslå med sikkerhet hva grunnlaget for regelen er.

I forhold til lojalitetsvurderingen åpner dette for tre muligheter; man kan si at der det ikke foreligger et klart formål med en regel, er det ikke mulig å opptre illojalt i forhold til denne; man kan forsøke å forutsi hva Høyesterett eventuelt ville si at formålet med regelen er, eller man kan se på de generelle formålene bak skattereglene som helhet. Alternativ to og tre vil trolig trekke på de samme argumentene.

Formålet med den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er å hindre at skatteyterne omgår skattereglene ved å foreta disposisjoner med liten egenverdi som strider mot skatteregelens formål. Fokuset på formålet, og tilsidesettingen av bestemmelsens ordlyd står som tidligere omtalt i kontrast til legalitetsprinsippet og presisjonskravet i EMK.

Når skatteyter ikke blir hørt med anførsler om at han har innordnet seg etter ordlyden på den bestemmelsen man gjennomskjærer, har dette trolig sitt grunnlag i at retten ikke finner at skatteyers forventning er beskyttelsesverdig. Når man forsøker å bevege seg på kanten av en bestemmelse, i strid med dens formål, anser ikke retten at den posisjonen man da opparbeider seg, fortjener å respekteres. Dette krever hvert fall indirekte at skatteyter kan finne ut at han befinner seg i randsonen for bestemmelses bærende hensyn. Når regelens bærende hensyn ikke er tilgjengelig, og regelen er en absolutt bestemmelse, mener jeg skatteyter ikke har noen grunn til å tro at han handler i strid med formålet. Videre må det poengteres at lånet og renten er markedsmessig. I en slik situasjon mener jeg legalitetsprin-

¹¹⁰ Matre (2012) s. 36-37

sippet må overstyre den ulovfestede gjennomskjæringsregel, slik at det ikke er anledning til å gjennomskjære.

Trolig følger det samme av EMK. Etter protokoll 1 artikkel 1, jf. Menneskerettighetsloven § 2 skal inngrep i subjektenes eiendomsrett forankres i «law». «Law» skal tolkes konvensjonsautonomt, og etter praksis fra EMD¹¹¹ må det innfortolkes et klarhetskrav. Skatteyder må kunne forutberegne sin skatteposisjon. Harbo¹¹² antar at denne forutberegneligheten ikke er oppfylt hvis vurderingen gjøres på bakgrunn av de generelle hensynene til skatte-lovgivningen. Det samme bør, etter mitt syn, gjelde der skattyter ikke kan få nærmere klarhet i hvilke formål en eventuell gjennomskjæring skal foretas etter.

Etter § 6-40 er alle renter av gjeld fradragsberettiget. §13-1 krever at gjelden og rentene skal være markedsmessige for å skattemessig kunne klassifiseres som dette. Å gjennomskjære markedsmessige lån ut i fra betraktninger om illojalitet mot et usikkert formål, vil i mine øyne støte mot skatteyters legitime behov for å forutberegne sin rettsstilling.

Ove Jensen argumenterer for at Utv. 2010 s.781 er et eksempel på at den ulovfestede gjennomskjæringsregel kan anvendes for å korrigere gjeldsstrukturer. Imidlertid var det, i denne dommen et spørsmål om disposisjonene stred mot de spesielle tilordningsreglene som da gjaldt i petroleumsskatteloven, ikke i forhold til det generelle rentefradraget. Formålet med disse reglene var klarlagt i forarbeider, og gjennomskjæringen var dermed mer forutberegnelig. Dommen er dermed ikke relevant i forhold til gjennomskjæring av § 6-40.

Konklusjonen må da bli at gjennomskjæring ikke kan foretas, fordi formålene til bestemmelsen ikke er tilstrekkelig klare, og at bruk av gjennomskjæring dermed ikke vil være forutberegnelig for skatteyder. Det er også mulig anvendelse av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen ville støte mot EMK TP1 art 1 i dette tilfelle.

¹¹¹ Sunday Times mot Storbritannia og Rt 2006 s. 1382 med videre henvisninger.

¹¹² Harboe (2012) s 220

Det kan dermed ikke foretas gjennomskjæring av rentefradraget, da disposisjonene ikke kan sies å stride mot deres formål.

Hvis man allikevel skulle fastlegge et formål bak rentefradragsreglene, er det naturlig å ta utgangspunkt i de formålene skattesystemet som helhet er basert på. Også her er det vanskelig å se at rentekostnader betalt på armlengdes lån til nærstående selskap, skal være i strid med disse, selv om inntekten som betjener lånet er ervervet ved konsernbidrag. Skatteevneprinsippet tilsier at det er selskapets nettoinntekt som legges til grunn ved beskatningen, noe som jo nettopp oppnås ved å fradra kostnader til inntektservervelse. Hensynet til nøytralitet taler også med styrke for å ikke ilegge skatteplikt når strukturen ellers anses forretningsmessig. Og som vist under vurderingen om konsernbidrag, vil holdingselskapsstrukturen ha store faktiske virkninger for aktørene, og svært sannsynlig ha en forretningsmessig begrunnelse, uavhengig av om strukturen opprettes ved oppkjøp eller senere.

7.8 Oppsummering

Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er prinsipielt anvendelig for å skjære gjennom disposisjonene som eller ville føre til skattefrihet. I praksis vil derimot normen være lite anvendelig, da de aktuelle disposisjonene har store faktiske virkninger for aktørene og lett kan begrunnes i forretningsmessige hensyn. I forhold til spesialskatteregimer kan det tenkes at normen er mer anvendelig, men det er vanskelig å se at den kan brukes i forbindelse med konsernbidrag eller det generelle rentefradraget. I slike tilfelle vil sktl. §13-1 være en mer naturlig hjemmel for å korrigere konserninterne gjeldsstrukturer.

8 Oppsummering og konklusjon

Oppgavens problemstilling er hvordan den samlede norske skattemessige behandlingen av både målselskap, holdingselskap og konsernspiss foretas, med særlig vekt på om det er

grunnlag for gjennomskjæring. Som vist i oppgaven, kan skattemyndighetene ikke nekte selskapene hverken rentefradrag eller konsernbidrag. En ikke markedsmessig kapitalstruktur, eller avtalte lånevilkår, kan derimot revideres etter § 13-1. En slik revidering har imidlertid den begrensingen, at den kun kan endre vilkårene til det eksterne aktører hadde avtalt. Strukturens gunstige skatteeffekt vil allikevel bestå.

Gjennomskjæring etter den ulovfestede gjennomskjæringsnorm er ingen naturlig kandidat for å revidere strukturen. Den manglende klarheten i formålet til rentefradraget hindrer at man gjennomskjærer transaksjonene med utgangspunkt i denne. Annen gjennomskjæring synes heller ikke aktuelt, da disposisjonene både kan sies å være foretningmessig begrunnet og innebære store faktiske virkninger for skatteyterne.

Årsaken til at lånefinansiert selskapsserverv er så skattemessig gunstig er forskjellsbehandlingen av renter og utbytte til skatteytere med begrenset skatteplikt til Norge. Det synes unaturlig å bruke gjennomskjæring for å avbøte konsekvensene til denne tiltenkte forskjellsbehandlingen.

Finansdepartementets forslag til nye regler vil trolig begrense skatteeffekten, men problemstillingen kan fremdeles være relevant.

9 Litteraturliste

Bøker:

- Gjems-Onstad, Ole. *Bedriftsskatterett*. Oslo 7. utg. 2008
- Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. Oslo 4. utg. 2009
- Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. Oslo 6 utg. 2009
- Bedrift, selskap og skatt* Zimmer, Frederik mfl.. Oslo 5. utg. 2010
- Einar Harboe. *Skattemessig gjennomskjæring*. Oslo 2012
- Bettina Banoun. *Omgåelse av skattereglene*. Oslo 2003
- Hugo P. Matre *Gjeld og renter*. Oslo 2012
- Andreas Bullen. *Arm's Length Transaction Structures*. Amsterdam 2011
- Norsk skatteavtalerett*. Arvid Aage Skaar mfl. Oslo 2006
- Joachim M Bjerke *Internprissetting* Oslo 1997
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære, 5. utgave ved Helgesen* Oslo 2001
- Andenæs, Mads Henry *Rettskildelære* Oslo 1997
- Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskap og allmennaksjeselskap* Oslo 2006

Artikler:

- Ove Jenssen. *Korrigerende av konserninterne gjeldsstrukturer*. SR nr. 2 2011 s. 139-154
- Anders H Liland *Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån - grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring?* SR 2010 s.16-45
- Anders H. Liland *Gjennomskjæring ved kjøp av underskuddsselskaper - særlig om kjøp av "tomme" morselskaper*. SR 2011 s. 229-237
- Andersen, Svein G og Per Daniel Nyberg *Tynn kapitalisering - skattejakt uten kart* Revisjon og regnskap Nr. 6 2010 s. 56-63
- Andersen, Svein G og Per Daniel Nyberg *Tynn kapitalisering - grumsete farvann* Revisjon og regnskap Nr. 1 2011 s. 72-73
- Lange, Frank og Hanne Flood *Tynn kapitalisering uten safe harbour regel* Revisjon og Regnskap nr. 8 2010 s. 71.
- Hole, Geir Petter, ”*Skattemessig emigrasjon av aksjeselskaper*”, Skatterett, 2000 s.18
- Leegaard, Thor, ”*Skattemessig hjemsted for aksjeselskaper*”, Utvalget, 2001 s. 928

Storm-Nielsen, Truls, "*Hvor bor et aksjeselskap?*", Skatterett 1987 s. 4

Zimmer, Fredrik "*Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?*" Skatterett 2007 s.2-13

Folkvord, Benn "*Er skatterettslig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring?*" Skatterett 2007 s. 293

Folkvord, Benn «*Betydningen av ulemper ved ulovfestet omgåelse*» Skatterett 2009 s.169

Jensen, Eirik "*Hva er vurderingsgjenstanden etter omgåelsesnormen?*" Skatterett nr. 1 2009 s. 66-95.

Aarbakke, Magnus "*Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem*" Lov og Rett 1970 s.1

Lover:

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) (LOV-1999-03-26-14 FIN)

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven). (LOV-1997-06-13-44 JD)

Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster mv. [petroleumsskatteloven]. (LOV-1975-06-13-35 FIN)

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven). (LOV-1911-08-18-8 FIN)

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). (LOV-1999-05-21-30 JD)

Høringsbrev:

Høringsnotat Begrensning av fradrag for renter i interessefellesskap Finansdepartementet sendt 11.04.13. Hentet fra

<http://www.regjeringen.no/pages/38293895/rentefradragsbegrensning.pdf>

Uttalelser fra departementene:

Utv. 1998 s. 848 FIN

Forarbeider:

Ot.prp.nr.86 (1997-1998)

Ot.prp.nr 26 (1980-81)

Ot.prp.nr. 23 (1996-97)

Ot.prp.nr 16 (1979-80)

Rettsavgjørelser:

Rt-1966-1189 «Vestlandske Vassdrag»

Rt-2002-456 «Hydro Canada»

Rt-1997-1580 «Zenith»

Rt-2008-1510 «Reitan»

Rt-2006-1232 «Telenor»

Rt-2012-1888 «Dyvi eiendom»

Rt-1940-598 «Fornebo»

Rt-2002-1247 «Amoco»

Rt-2004-1331 «Aker Maritim»

Rt-2008-1537 «Conoco Philips»

Rt-1999-946 «ABB»

Rt-2001-1265 «Agip»

Rt-2006-1199 «Nagel-Erichsen»

Rt-2011-213 «Invex»

Rt-2006-1382 «Utsi»

Rt-2001-851 «Preferansekapital»

Rt-2010-790 «Telecomputing»

Rt-2007-1025 «Statoil Angola»

Rt.-2002-1144

Rt-2006-1199 «Nagel Erichsen»

Internasjonale avgjørelser:

Sunday Times mot Storbritannia, EMDN-1987-13166. Series A no. 217

Andre kilder:

OECD Model convention with respect to taxes on income and on capital

OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

22. July 2010